Die stille Gesellschaft
im Innen- und Außenverhältnis.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Heinrich Machens
Rechtskandidat aus Rautenberg.

Borna - Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0119

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Historisches 1

Erster Teil.

A. Die stille Gesellschaft im Innenverhältnis während der Dauer derselben.

§ 2. Allgemeines 9
§ 3. Begriff der stillen Gesellschaft 10
§ 4. Juristische Natur der stillen Gesellschaft 14
§ 5. Einlage des stillen Gesellschafters 28
§ 6. Die Geschäftsführung 36
§ 7. Gewinn und Verlust 40

B. Die stille Gesellschaft im Innenverhältnis nach ihrer Auflösung.

§ 8. Auflösungsgründe 48
§ 9. Wirkungen der Auflösung 62

Zweiter Teil.

Die stille Gesellschaft im Außenverhältnis.

§ 10. Allgemeines 67
§ 11. Fälle, in denen die stille Gesellschaft auch im Außenverhältnis hervortritt 69

Literaturverzeichnis.

Auerbach, Das Gesellschaftwesen. Frankfurt a. M. 1861.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin 1896.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

v. Borch, Das Recht der stillen Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs in seinem Verhältnis zum Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Rostock 1901.

Brinkmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 1853.

v. Czyhlarz, Institutionen. 3. Aufl. Wien 1895.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1906.

Crome, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1908.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs. Amtliche Ausgabe. Berlin 1896.

Dießner, Recht der stillen Gesellschaft. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Eberlein, Die stille Gesellschaft. Diss. Greifswald 1898

Elsoffer, Das Verhältnis der stillen Gesellschaft zur Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Berlin 1905.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts. Leipzig 1881.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (ROHG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)

Franck, Zur Lehre von der stillen Gesellschaft. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1902.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1908.

Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts. 1893.

Grünhut, Das Recht des Kommissionshandels. Wien 1879.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche. Braunschweig 1879.

Heilfron, Lehrbuch des römischen Rechts. 5. Aufl.

Kohler, Kommentar des islamitischen Rechts.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1901.

Lastig in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Leipzig 1881.

Lastig, Die stille Gesellschaft. Habilitationsschrift. Halle 1881.

Lehmann, Handelsrecht. 1908.

Lehmann-Ring, Handelsgesetzbuch. 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl.

Mitscher, Recht der stillen Gesellschaft. Diss. Würzburg 1903.

Münch, Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1905.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Schuldverhältnisse. Berlin 1898.

Parisius und **Crüger,** Kommentar zum Reichsgesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Berlin 1895.

Pfennig, Kommandit- und stille Gesellschaft. Diss. Rostock 1902.

Planck, Bürgerliches Recht. 1. Aufl. Berlin 1900.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1893.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Herausgegeben von Lutz. Würzburg 1861.

Renaud, Stille Gesellschaft. Herausgegeben von Laband. 1885.

Renaud, Recht der Kommanditgesellschaft. 1881.

Renaud, Über die Handelsgesellschaften. Akademische Prorektoratsrede. Heidelberg 1872.

Schön, Vergleichende Darstellung der stillen und Kommanditgesellschaft. Diss. Königsberg 1889.

Silberschmidt, Die Commenda in ihrer frühesten Entwicklung. 1879.

Sohm, Institutionen. 4. Aufl.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht. Leipzig 1879.

Treitschke, Gewerbegesetz und Kommandite. 1844.

Weiser, Die stille Gesellschaft nach HGB. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.

v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 1903.

Einleitung.

§ 1.

Geschichtliche Entwicklung.

1. Bis in die neueste Zeit ist noch immer die Frage unentschieden geblieben, ob bereits den Römern eine ähnliche Gesellschaftsform wie unsere heutige stille Gesellschaft bekannt war, d. h. eine Vereinigung von Kapital und Arbeit in der Weise, daß sich jemand an dem Handelsgewerbe eines anderen nur mit einer Einlage beteiligt und nur in Höhe derselben haftet, ohne nach außen hin als Gesellschafter hervorzutreten.[1]) Allerdings läßt sich bis in die fernste Vorzeit ein halb aus Arbeitsvertrag, halb aus Sozietät zusammengesetztes Rechtsverhältnis verfolgen. So findet sich bereits im Gesetzbuch Hammurabis eine Stelle, wonach einem Händler Getreide, Wolle oder sonstige Ware zum Vertrieb gegeben wird; auch ist in der l. 44 D. 17, 2 von Ulpian die Frage aufgeworfen, ob eine Gesellschaft vorläge, wenn A dem B eine Perle zum Vertrieb zu einem Fixum übergibt und ihm als Lohn den etwaigen Mehrerlös zusichert.[2]) Trotzdem war aber in Rom

[1]) Behrend Bd. 1 S. 619; Endemann S. 164; Elsoffer S. 1; Lastig S. 710; Renaud, Stille Gesellschaft S. 3ff.

[2]) vgl. Lehmann S. 333.

keinesfalls das Bedürfnis, sich dieser Gesellschaftsform zu bedienen, in der Weise vorhanden wie heutzutage, „nämlich Sklaven und peculium ersetzten, indem sie die Möglichkeit eines Gewerbebetriebes mit beschränkter Haftung gewährten, wie die Aktiengesellschaft so die Kommandit-, die stille Gesellschaft und die analogen Nachbildungen dieser Vereinsformen".[3])

2. Die stille Gesellschaft ebenso wie die ihr verwandte Kommanditgesellschaft leiten ihren Ursprung erst von der Commenda des Mittelalters ab, die bei den Hanseaten „sendeve", bei den Norwegern „hjáfèlag" heißt.[4]) Diese ist ein Vertrag, bei dem jemand (der commendans oder commendator) dem Seereisenden, sei er Schiffer, Matrose, Kaufmann oder Angestellter des commendans (dem sogen. tractator oder commendatarius), Waren oder Geld zum Zwecke überseeischer, später auch binnenländischer Unternehmungen unter der gleichzeitigen Abrede anvertraute, daß der tractator zwar im eigenen Namen, jedoch für Rechnung und Gefahr des commendans handele und der Gewinn geteilt werden sollte.[5]) Die Commenda verdankte nach einer allerdings

---

[3]) So Renaud, Stille Gesellschaft S. 4.

[4]) Lehmann S. 333: Der Commenda entspricht der Kiradvertrag des islamitischen Rechts; vgl. Kohler, Commenda des islamitischen Rechts.

[5]) Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaft S. 44; Silberschmidt S. 79; Eberlein S. 10; Lehmann S. 333.

bestrittenen Ansicht wohl zum größten Teil dem Umstand ihre Verbreitung, daß das kanonische Recht das Zinsnehmen nur den Juden gestattete. Zur Umgehung dieser Vorschrift halfen sich die Christen durch den Rentenkauf sowie hauptsächlich durch Beteiligung bei fremden Handelsgewerben in Form der Commenda.[6])

Da bei dieser der tractator nur Dienste leistete, so unterliegt es wohl kaum einem Zweifel, daß die Commenda nicht als Gesellschaftsverhältnis, sondern vielmehr als Dienst- oder Werkvertrag oder auch als Mandat aufzufassen ist, jedoch mit der Abweichung, daß der tractator hier statt eines festen Lohnes einen Anteil am Gewinn bezog. Denn die hingegebene Ware verblieb bestimmt, wie wenigstens aus den Quellen hervorzugehen scheint, im Eigentum des commendans, welcher auch allein die Gefahr des zufälligen Untergangs zu tragen hatte, während das Gesellschaftselement sich erst bei der Abrechnung zeigte, wo beide den Gewinn, und zwar gewöhnlich zu $^1/_4$ für den tractator und zu $^3/_4$ für den commendans teilten.[7])

3. Später, zu einer uns unbekannten Zeit, entwickelte sich die commenda in zwei nebeneinander bestehenden Formen, der societas per viam accomanditae, auch societas maris genannt, und der participatio.

---

[6]) Renaud a. a. O. S. 14; Elsoffer S. 2; Franck S. 2.

[7]) Goldschmidt S. 262; Silberschmidt S. 101; Cosack S. 582ff.; Eberlein S. 11 und Lehmann S. 334.

a) Bei der namentlich in Genua blühenden societas maris, von den Hanseaten als „weggerleginge“, in Skandinavien als „fèlag“ bezeichnet, beteiligte sich der tractator außer mit seiner Arbeitskraft noch mit Kapital.

Hier bestand zweifellos bereits schon eine wirkliche Gesellschaft.[8]) Hieraus ist unsere heutige Kommanditgesellschaft hervorgegangen.

b) Neben der societas maris wird in der italienischen Jurisprudenz die participatio oder societas per modum participationis erwähnt; hier übergibt jemand, der particeps, einem Einzelkaufmann oder einer Handelsgesellschaft ein Kapital als Anlage im Geschäft gegen Anteil am Gewinn und Verlust. Das Geschäft wird auf den Namen und für Rechnung des Geschäftsinhabers, an den auch das Eigentum an der Einlage übergeht, geführt. Diese hat mit dem particeps, der lediglich als sein Gläubiger aufzufassen ist und daher in keiner direkten Beziehung zu den Gläubigern und Schuldnern des Geschäftsinhabers steht, nach der Auflösung der Gesellschaft oder auch während der Dauer derselben in bestimmten Perioden abzurechnen.[9])

---

[8]) Lehmann S. 335; Silberschmidt S. 106; Goldschmidt S. 260; Franck S. 2.

[9]) Ausführlicheren Aufschluß über die participatio gibt uns die Sammlung der Decisiones Rotae Genuae de mercatura et pertinentibus ad eam rebus aus der Mitte des 16. Jahrhunderts. Vgl. auch Franck S. 2ff.; Lastig S. 712; Weiser S. 4.

Die participatio enthält somit bereits alle Eigentümlichkeiten unserer heutigen stillen Gesellschaft.

Die eigentliche Commenda hat sich nur noch in dem sogen. Pakotillevertrag[10]) erhalten.

4. Ihre erste gesetzliche Regelung erfuhr die Commenda nach einigen wenigen unbedeutenden Bestimmungen[11]) früherer Zeit in der Ordonnance de Louis XIV. sur le commerce des negotians et marchants von 1673.

Dieses Gesetz berücksichtigt aber nur die societas maris und nicht die participatio; trotzdem schwankt ihre Definition zwischen Kommandit- und stille Gesellschaft. Die Ordonnance enthielt noch keine ausdrückliche Vorschrift über die Haftung des Geldgebers, kannte auch noch keine Gesellschaftsfirma. Die ganze Gesellschaftslehre auf dem Boden der Ordonnance du commerce ist überhaupt unsicher und reich an Kontroversen.[12])

In Deutschland dagegen hatte, genau umgekehrt als in Frankreich, die participatio fast allein gesetzliche Regelung gefunden, besonders in der Reformatio Norim-

---

[10]) Pakotillevertrag ist ein Vertrag, durch den sich Seeleute verpflichten, die in ihren Koffern mitgenommenen Waren für Rechnung von Auftraggebern an überseeischen Plätzen zu verkaufen; s. Grünhut S. 47 Anm. 13.

[11]) Ordonnance de Blois von 1579 und Ordonnance von 1629; s. Renaud, Stille Gesellschaft S. 13.

[12]) Lehmann S. 336; Mitscher S. 4; Pfennig S. 24; Lastig S. 725.

bergensis und im Lüneburger Stadtrecht, beide aus der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts.[13]) Dann folgt auch das preuß. allgem. Landrecht (1794), welches nur die stille Gesellschaft regelt.[14])

5. Dies änderte sich erst, als im Jahre 1808 der code de commerce in Frankreich erschien. Dieser führte eine Gesellschaftsfirma ein und erwähnte zuerst eine zweite Vereinigungsform, die société en participation, die der alten participatio zu entsprechen scheint.[15]) In Anlehnung an den code de commerce suchte man nun auch in Deutschland neben der participatio oder der stillen Gesellschaft auch die société en commandite gesetzlich zur Anerkennung zu bringen. War sich aber die französische Gesetzgebung über den Begriff der Kommandit- und stillen Gesellschaft absolut unklar, so erreichte in Deutschland diese Unsicherheit hinsichtlich des Wesens jener beiden Gesellschaftsformen, die sich nicht allein in der Gesetzgebung, sondern auch in der Literatur[16]) widerspiegelte, ihren Höhepunkt darin, daß beide Gesellschaften ohne Unterschied den Namen „stille Gesellschaft" erhielten.[17])

---

[13]) Weiser S. 6.

[14]) Im 2. Buch Titel VIII §§ 651 ff.

[15]) Pfennig S. 24.

[16]) Treitschke S. 17; Brinkmann S. 204; Auerbach S. 127; Weiser S. 6.

[17]) Preuß. Entw. eines HGB. II Titel 3 S. 26.

6. Erst die zur Beratung eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuchs in Nürnberg 1857 tagende Kommission beseitigte nach langen Kämpfen in der richtigen Erkenntnis, daß zwei selbständige Gesellschaften vorhanden seien, diese Unklarheit und schied „ohne Einsicht freilich in die geschichtliche Entwicklung“ die alte deutsche stille Gesellschaft von der nach ihrer Meinung für den Verkehr weit bedeutenderen neuen deutschen stillen Gesellschaft, die nach französischem Muster den Namen „Kommanditgesellschaft“ erhielt.[18])

Das alte Handelsgesetzbuch ordnete in den Art. 150 ff. die Kommanditgesellschaft im Anschluß an die offene Handelsgesellschaft, während die stille Gesellschaft in einem besonderen, dem 3. Buch, zusammen mit der Gelegenheitsgesellschaft eingehend geregelt wurde, so daß auch äußerlich die Trennung von der Kommanditgesellschaft hervorgehoben wurde.[19])

Bei der infolge der einheitlichen Kodifikation des Privatrechts durch das Bürgerliche Gesetzbuch notwendig gewordenen Revision des Handelsgesetzbuchs schwankte man zuerst, ob neben der unter den Handelsgesellschaften geregelten Kommanditgesellschaft „noch eine zweite selbständige Gesellschaftsform zuzulassen sei“;[20]) schließlich aber hat man sich, „da sich beide Gesell-

[18]) Pfennig S. 25; Weiser S. 7.

[19]) Lehmann S. 338; Franck S. 5 ff.

[20]) vgl. Denkschr. S. 182.

schaften seit langen Jahren im Verkehr eingelebt haben", und da endlich „auch das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vorschriften über die stille Gesellschaft nicht entbehrlich macht", für die Beibehaltung in dem am 10. 5. 1897 publizierten neuen Handelsgesetzbuch entschieden.

7. Und dies mit vollem Recht, da im Geschäftsleben die stille Gesellschaft eine weit bedeutendere Rolle spielt als die Kommanditgesellschaft. Diese hat sich bei uns niemals recht eingebürgert und dürfte seit Schaffung der Gesellschaften m. b. H. in Zukunft noch mehr an Boden verlieren.[21])

[21]) Lehmann S. 338.

Erster Teil.

A. Die stille Gesellschaft im Innenverhältnis während der Dauer derselben.

§ 2.

Allgemeines.

Die stille Gesellschaft im Innenverhältnis, also die Rechtsverhältnisse der Mitglieder untereinander, werden in erster Linie durch den Gesellschaftsvertrag[1]) bestimmt. Für diesen sind die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend; derselbe ist somit grundsätzlich formlos. Infolgedessen ist mit Recht die Vorschrift des Art. 250 Abs. 2 a. HGB., welche die Formlosigkeit noch ausdrücklich hervorhob, nicht ins n. HGB. übernommen worden. Denn nach der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch (S. 183) genügen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, denen zufolge eine Form nur ausnahmsweise, insbesondere wenn der Stille als Einlage ein Grundstück einzubringen verspricht, erforderlich ist.

Die Vertragskontrahenten können die Verhältnisse völlig nach ihrem Gutdünken regeln, selbstverständlich

---

[1]) § 336 Abs. 2 HGB.

dürfen aber die Vereinbarungen nicht gegen die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Verträge verstoßen, auch nicht dem Begriffe einer stillen Gesellschaft widersprechen.

Unter diesen Abschnitt fällt nicht allein der Begriff und die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft, sondern es sind hier auch die Mittel, mit denen das Geschäft betrieben wird, insbesondere die Einlage des Stillen, sowie die Geschäftsführung selbst und endlich die Berechnung und Verteilung von Gewinn und Verlust einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen.[2])

§ 3.

Begriff der stillen Gesellschaft.

Wenn das n. Handelsgesetzbuch, welches die stille Gesellschaft im Abschn. 5 des 2. Buches §§ 335—342 behandelt, keine Begriffsbestimmung gibt, so findet dies seinen Grund wohl darin, daß sich die mannigfachen Verschiedenheiten einer stillen Gesellschaft wohl kaum in eine einheitliche Definition hineinzwängen lassen, zumal die vom alten Handelsgesetzbuch im Art. 250 Abs. 1 gegebene Begriffsbestimmung:

> „Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögensein-

[2]) Franck S. 19; Mitscher S. 11.

lage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt"

vielfachen Anfeindungen von seiten der Juristen begegnet ist. So erklärt Lastig[1]) sie als „den juristischen Ansprüchen nicht genügend", Renaud[2]) als „unvollständig und unklar".

Nach der erwähnten Denkschrift S. 183 ist der Begriff aus den §§ 335 u. 336 zu entnehmen. Da in diesen Paragraphen aber keine Bestimmung über die Höhe der Haftung enthalten ist, so muß man außerdem wohl noch § 337 Abs. 2 Satz 1 berücksichtigen, der den Verlust des Stillen auf den Betrag seiner Einlage feststellt. Hiernach kann man die stille Gesellschaft in Übereinstimmung mit vielen hervorragenden Juristen am besten wohl dahin definieren:

„Eine stille Gesellschaft bedeutet eine Gesellschaft zwischen einem Kaufmann und einem anderen, der sich an des ersteren Handelsgewerbe mit einer diesem zufallenden Vermögenseinlage in der Weise beteiligt, daß er am Gewinn und auch regelmäßig am Verlust teilnimmt, am letzteren jedoch nur bis zur Höhe seiner Einlage, während der Geschäftsinhaber im eigenen Namen und auf gemeinschaftliche Rechnung das Geschäft betreibt".[3])

---

[1]) Lastig S. 704.

[2]) Renaud, Stille Gesellschaft S. 70.

[3]) Lehmann S. 348; Behrend S. 661; Staub Bd. 1

Aus dieser Definition ergeben sich für die stille Gesellschaft folgende wesentliche Erfordernisse:

1. ein Vertrag als Grundlage der Beteiligung;

2. zwei Vertragschließende, nämlich der persönlich haftende Inhaber des Handelsgeschäfts (auch Komplementar genannt) und der nur mit einer Einlage haftende stille Gesellschafter. Denn bei der stillen Gesellschaft können im Gegensatz zur Kommanditgesellschaft nicht beliebig viele, sondern nur zwei Personen Mitglieder sein, nämlich außer dem Geschäftsinhaber nur ein stiller Gesellschafter. Allerdings ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß mehrere stille Gesellschafter bei demselben Handelsgewerbe beteiligt sind, aber nur entweder in der Weise, daß es so viele stille Gesellschaften gibt wie es stille Gesellschafter, oder daß sie zusammen, falls es sich um eine allen gemeinsame Einlage handelt, eine einzige stille Gesellschaft bilden.[4]) Sowohl der Komplementar, der allerdings Kaufmann sein muß, gleichgültig ob Voll- oder Minderkaufmann, wie der stille Gesellschafter können physische wie juristische Personen, auch Handelsgesellschaften sein, selbst wenn sie nicht

---

S. 1099 Anm. 3. Eine knappe, klare, wenn auch nicht allen Erfordernissen der stillen Gesellschaft genügende Definition gibt darüber Sohm. Danach ist dieselbe „eine nach außen unsichtbare Beteiligung jemandes an einem Handelsgewerbe".

[4]) Lehmann S. 352; Staub Bd. 1 S. 1100; Renaud S. 74; Behrend S. 663.

unter den Begriff der juristischen Person fallen.[5]) Unentschieden ist die Frage, ob eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs stiller Gesellschafter sein kann. Lehmann-Ring[6]) verneint diese Frage, da dieser Gesellschaft die streng geschlossene Einheit der Handelsgesellschaften fehlt. Doch scheint dieser Grund wenig stichhaltig zu sein; man wird daher nicht fehlgehen, wenn man annimmt, daß auch eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich als stiller Gesellschafter beteiligen kann, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß dieselbe ein Gesellschaftsvermögen besitzt.

3. Die Verpflichtung des Stillen geht dahin, eine vertragsmäßig bestimmte Einlage in das Vermögen des Geschäftsinhabers zur Anlage in dessen Handelsgewerbe zu leisten (§ 335 Abs. 1 HGB.).

4. Der Geschäftsinhaber dagegen ist verpflichtet, dem Stillen einen bestimmten Anteil am Gewinn (§ 336 Abs. 1 HGB.) zu gewähren, während dessen Anteil am Verlust, falls er nicht überhaupt ausgeschlossen ist, die Höhe seiner Einlage nicht übersteigen darf (§ 337 Abs. 2 HGB.).[7])

---

[5]) Lehmann S. 351; Makower Bd. 1 S. 1303; Lehmann-Ring Bd. 1 S. 664 Anm. 2; Pfennig S. 33.

[6]) Lehmann-Ring S. 664; Dießner S. 7.

[7]) Münch S. 28.

§ 4.

Die juristische Natur der stillen Gesellschaft.

Wie sich aus der bereits erwähnten Denkschrift S. 183 ergibt, fällt die stille Gesellschaft unter den Allgemeinbegriff der Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB. trotz des Mangels einer Vermögensgemeinschaft. Eben dieses fehlende Moment hat die Frage hervorgerufen, ob hier überhaupt eine Gesellschaft oder nicht vielmehr ein darlehnsartiges Verhältnis vorliegt. Der letzteren Ansicht huldigen Lastig[1]) und verschiedene andere Schriftsteller,[2]) welche also den stillen Gesellschafter als Darlehensgläubiger bezeichnen, während dagegen Renaud[3]) und mit ihm Gareis, Staub, Lehmann u. a.[4]) die gesellschaftlichen Kennzeichen bei der stillen Gesellschaft für ausschlaggebend halten und sie daher als eine Gesellschaft erklären, wenn ihr auch einige Besonderheiten verliehen sind, die aber das Wesen der Gesellschaft nicht aufheben.[5]) Im folgenden soll nun an der Hand des römischen Rechts, Bürgerlichen Gesetzbuchs und Handelsgesetzbuchs die stille Gesellschaft

---

[1]) Lastig S. 707.

[2]) Auerbach S. 165; Schön S. 12 und die gesamte französische Jurisprudenz; vgl. Puchelt-Förtsch Bd. 1 S. 657.

[3]) Renaud S. 92.

[4]) Gareis S. 183 ff.; Staub S. 1099; Lehmann S. 349 ff.; Lehmann-Ring S. 666; Goldmann Bd. 2 S. 1301 zu II.

[5]) Staub S. 1099.

nach beiden Richtungen geprüft und der Versuch unternommen werden, den wahren Charakter derselben festzustellen.[6])

Die römische Sozietät ist ein Konsensualkontrakt über gegenseitige Leistung zu einem gemeinsamen Zweck.[7]) Die stille Gesellschaft ist ebenfalls ein Konsensualkontrakt, welcher auf die Erreichung eines gemeinsamen Interesses durch Beiträge der Mitglieder gerichtet ist. Beiden fehlt auch das Gesellschaftsvermögen; denn bei der römischen Sozietät gehört das Vermögen den einzelnen socii;[8]) auch die Einlage des stillen Gesellschafters geht in das Alleineigentum des Komplementars über. Im übrigen finden sich jedoch große Verschiedenheiten zwischen beiden Instituten. Denn einmal haftet der stille Gesellschafter nicht wie der römische Sozius unbeschränkt, sondern nur mit seiner Einlage, und hat auch weder das Recht noch die Pflicht wie der Sozius, Geschäfte für die Gesellschaft abzuschließen. Ferner besteht die stille Gesellschaft aus stets nur zwei Mitgliedern, die societas aus beliebig vielen, auch wird die stille Gesellschaft durch den Tod des Stillen nicht aufgehoben, die societas bereits durch das Ableben eines socius.[9])

Bedeutend mehr deckt sich die Natur der stillen

---

[6]) Weiser S. 12; Franck S. 7.

[7]) Sohm S. 386.

[8]) v. Czyhlarz S. 189 und Heilfron S. 625.

[9]) Eberlein S. 22.

Gesellschaft mit der des Darlehensgläubigers; es lassen sich daher in der Tat manche schwerwiegende Gründe für die Auffassung der stillen Gesellschaft als Darlehensvertrag vorbringen.

Darlehen ist nach § 607 Abs. 1 BGB. ein Vertrag, wonach der eine Kontrahent Geld oder andere vertretbare Sachen auf den anderen überträgt, während dieser sich verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art und Güte zurückzuerstatten.

Regelmäßig wird auch der stille Gesellschafter dem Geschäftsinhaber Geld oder andere vertretbare Sachen zum Eigentum übergeben. Doch kann die Einlage desselben, wie später in § 5 auseinanderzusetzen ist, auch in nichtvertretbaren Sachen, z. B. Forderungs- oder Nutzungsrechten bestehen. Dieser zunächst sehr wichtig erscheinende Unterschied fällt aber in sich zusammen, wenn man bedenkt, daß auch die Begründung des Darlehens in der Weise geschehen kann, daß der Gläubiger dem Schuldner Gegenstände übergibt, damit dieser sie verkaufe und den Erlös als Darlehen behalten soll (sogen. contractus mohatrae), oder so, daß der Schuldner Gegenstände zu einem Schätzungswert, der die Darlehenssumme ausmachen soll, übernimmt.[10])

Auch die Rückgabepflicht an den stillen Gesellschafter ist, falls die Beteiligung desselben beim Verlust

---

[10]) So Planck Bd. 2 S. 341; Oertmann zu § 607; v. Borch S. 220; Franck S. 9; Münch S. 9.

ausgeschlossen ist, ganz dieselbe wie beim Darlehensschuldner, nur daß nach § 340 Abs. 1 bei der Auflösung der Gesellschaft das Guthaben des Stillen stets in Geld zu berichtigen ist, was ja bei dem soeben erwähnten contractus mohatrae nicht anders war.

Auch die Stipulierung eines Gewinnanteils spricht nicht unter allen Umständen gegen die Natur eines Darlehensvertrages, da das Bürgerliche Gesetzbuch über die Art der Vergütung für das überlassene Darlehen keinerlei Bestimmung getroffen hat, daher ein Versprechen vom Gewinnanteile neben Zinsen mit dem Begriff des Darlehens durchaus nicht unvereinbar ist.[11])

Ferner wird die stille Gesellschaft ebenso wie der Darlehensvertrag stets nur zwischen zwei Personen geschlossen.

Ebensowenig wie durch den Tod des Stillen die Gesellschaft aufgelöst wird (§ 339 Abs. 1), geschieht die Auflösung des Darlehensvertrages durch den Tod des Darlehensgläubigers.

Endlich ist der Stille nicht verpflichtet, den bezogenen Gewinn herauszugeben (§ 337 Abs. 2 Satz 2), ebensowenig wie der Darlehensgläubiger die empfangenen Zinsen.

Schließlich tritt der Stille beim Konkurse des Komplementars mit seiner Konkursforderung ebenso als ge-

---

[11]) Endemann, Handb. S. 706; Dießner S. 3; v. Borch S. 22.

wöhnlicher Konkursgläubiger auf (§ 341 Abs. 1) wie der Darlehensgläubiger im Konkurse seines Schuldners.[12])

Wenn nun auch aus allen diesen Gründen die stille Gesellschaft mit dem Darlehen in vielen zum Teil recht erheblichen Punkten völlig übereinstimmt, so finden sich doch andererseits viele noch schwerer ins Gewicht fallende Merkmale bei der stillen Gesellschaft, die gegen die Darlehensnatur sprechen.

1. Einen ganz erheblichen Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten finden wir sofort beim Abschluß derselben. Denn während der Darlehensvertrag nach § 607 BGB. erst durch die Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen zustande kommt, somit vorher ohne jede rechtliche Wirkung ist, wird der stille Gesellschaftsvertrag bereits durch bloße Willensübereinstimmung perfekt; es kann daher der Geschäftsinhaber sofort nach Vertragsabschluß — vorausgesetzt, daß nicht etwa das Gegenteil vereinbart ist — gegen den Stillen auf Zahlung der Einlage klagen, anderseits ist dieser auch von da ab am Gewinn event. auch am Verlust beteiligt. Das Darlehen ist somit auch heute noch, wie im römischen Recht, Realkontrakt, die Errichtung der stillen Gesellschaft geschieht dagegen durch Konsensualkontrakt. Es wird nun von verschiedenen Juristen[13]) betont, daß diese Tatsache absolut nicht gegen die Dar-

[12]) Elsoffer S. 13 ff.; Franck S. 8.

[13]) Cosack, Bürgerl. R. S. 210; Crome S. 595; Oertmann S. 322; Pfennig S. 44 ff.

lehensnatur der stillen Gesellschaft spräche, da ein Darlehen auf einem Konsensualkontrakte beruhen könne. Hierauf ist zu erwidern, daß das Bürgerliche Gesetzbuch lediglich im § 610 ein Darlehensversprechen kennt, somit ein pactum de mutuo dando;[14]) aber auch zugegeben, daß ein Darlehen durch Konsensualkontrakt zustande käme, so kann die stille Gesellschaft doch unter keinen Umständen erst durch die Hingabe der Einlage begründet werden, somit niemals Realkontrakt sein.

2. Der Darlehensschuldner kann das Darlehen verwenden wie er will; es steht völlig zu seiner freien Verfügung. Dagegen hat der Komplementar die Einlage zu einem bestimmten Zweck, nämlich zum Betriebe des Handelsgewerbes, erhalten und darf damit nicht einmal Geschäfte abschließen, die über den Rahmen seines Handelsgewerbes hinausgehen.[15]) Somit ist der Stille berechtigt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen;[16]) dem Darlehensgläubiger steht dieses freie Kündigungsrecht nicht zu, sondern er ist auf die im § 609 BGB. vorgeschriebenen Kündigungsfristen beschränkt.

3. Ferner hat gemäß § 336 HGB. bei der stillen Gesellschaft der Stille regelmäßig am Verlust teilzunehmen; seine Beteiligung am Gewinn ist sogar wesent-

---

[14]) Neumann S. 408 ff.; Weiser S. 15; Münch S. 7; Dießner S. 3.

[15]) Cosack S. 544; Renaud S. 82; Elsoffer S. 15.

[16]) § 339 Abs. 1 Satz 2 HGB. und § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB.

liches Erfordernis.[17]) Beim Darlehen dagegen ist sogar eine Vereinbarung, daß der Schuldner am Verlust teilnehme, begrifflich unmöglich; es bildet auch die Unentgeltlichkeit beim Darlehen — wenn auch nur im Prinzip, nicht aber im Verkehr — die Regel.

4. Wegen dieses Gewinnanteils hat auch der Stille ein gewisses unter § 6 näher beschriebenes Kontrollrecht dem Geschäftsinhaber gegenüber. Anders der Darlehensschuldner; dieser hat kein Kontrollrecht.

5. Außerdem behält der Darlehensgläubiger stets gegen den Darlehensschuldner, wenn er auch die Gefahr des eintretenden Unvermögens desselben trägt, einen festen Anspruch auf Rückerstattung des hingegebenen Kapitals, während der am Verlust beteiligte Stille selbst ohne Insolvenz des Geschäftsinhabers bezüglich der Rückerstattung seiner Einlage und Auszahlung seines Gewinnanteils stets auf das wirtschaftliche Ergebnis des Handelsgewerbes seines Komplementars angewiesen ist.[18])

6. Mit der Auffassung der stillen Gesellschaft als Darlehen ist weiter unvereinbar das Fehlen der clausula rebus sic stantibus. Nach § 610 BGB. kann derjenige,

---

[17]) Die Verlustbeteiligung ist nach n. HGB. § 336 Abs. 2 zulässig; auch schon während der Herrschaft des a. HGB. war sie nach Ansicht des ROHG. (Bd. 12 S. 103) mit dem Begriffe der stillen Gesellschaft nicht von vornherein unvereinbar; vgl. Gareis S. 184 Anm. 1.

[18]) Lastig S. 22; Renaud S. 92; Elsoffer S. 17; Mitscher S. 7.

der die Hingabe eines Darlehens verspricht, im Zweifel das Versprechen widerrufen, falls in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, wodurch der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird. Dagegen muß der Stille, der mit seiner Einlage im Rückstande ist, dieselbe bis zum Betrage seines Verlustanteils, selbst beim Konkurse des Geschäftsinhabers, in die Masse einzahlen; er ist somit dem Gesellschafter vergleichbar, von dem die Höhe seiner Haftung bekanntgemacht ist.[19])

7. Schließlich steht im absoluten Widerspruch mit der Natur des Darlehensvertrages die Vorschrift des HGB. § 339 Abs. 1, wonach nach Analogie der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Grundsätze von einem Privatgläubiger[20]) des stillen Gesellschafters gemäß § 135 HGB. der Gesellschaft vorzeitig gekündigt werden kann. Dagegen ist ein Gläubiger des Darlehensgläubigers, der die Abtretung der Forderung erwirkt hat, niemals vor dem vertragsmäßig festgesetzten Zahlungstermin zu kündigen berechtigt.[21])

Wie aus diesen teilweise sehr erheblichen Unterscheidungsmerkmalen hervorgeht, muß die Auffassung

---

[19]) Münch S. 8; Mitscher S. 7; Elsoffer S. 16.

[20]) Im § 135 HGB. wird von Privatgläubigern gesprochen. Dieser Ausdruck trifft natürlich nicht bei der stillen Gesellschaft zu, wohl aber bei der offenen Handelsgesellschaft, bei der es außer diesem noch Gesellschaftsgläubiger gibt; vgl. Renaud S. 169.

[21]) Münch S. 15; Franck S. 10ff.; v. Borch S. 24ff.

der stillen Gesellschaft als ein Darlehensvertrag als völlig unhaltbar erscheinen, da sie mit ihm nur einzelne äußere Züge, das innere Wesen jedoch in keiner Weise gemein hat.

Eine Mittelansicht vertreten eine Menge Schriftsteller, wie z. B. v. Hahn und Behrend,[22]) welche die stille Gesellschaft zwar nicht als Darlehen, wohl aber als modifiziertes Gläubiger- oder Kreditverhältnis auffassen wollen.

Gegen diese — ihrer Unbestimmtheit und Allgemeinheit wegen zum mindesten wenig befriedigende — Bezeichnung läßt sich einwenden, daß sie das Wesen und die Bedeutung der stillen Gesellschaft absolut nicht genau wiedergibt. Denn die stille Gesellschaft ist, wie die nachstehende Auseinandersetzung zeigen wird, mehr als ein bloßes Kreditverhältnis, sie ist in Wahrheit eine Gesellschaft.[23])

Für die Auffassung unseres Rechtsinstituts als Gesellschaft dürften vor allem, wie Behrend[24]) zutreffend bemerkt, die Anschauungen der Kaufleute von Einfluß gewesen sein, in deren Augen sie immer als solche gegolten und denen nicht „rechtliche", sondern die „wirtschaftliche" Gemeinschaft entscheidend war.

Zunächst ist allerdings festzustellen, daß die stille

---

[22]) v. Hahn S. 768; auch Behrend S. 666 hat gegen diese Bezeichnung nichts einzuwenden.

[23]) v. Borch S. 25; Mitscher S. 8; Franck S. 11.

[24]) Behrend S. 665.

Gesellschaft eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs nicht ist, wie dies schon äußerlich sich aus der Überschrift des 2. Buches des Handelsgesetzbuchs „Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft“ ergibt. Denn ihr fehlen die beiden wesentlichen Merkmale einer Handelsgesellschaft, nämlich die Gesellschaftsfirma und das Gesellschaftsvermögen. Auf der anderen Seite geht wieder aus dem Handelsgesetzbuch, insbesondere aus seiner Benennung, systematischen Unterbringung und direkten Aussprüchen des Gesetzes,[25]) sowie aus der Denkschrift des Handelsgesetzbuchs (S. 183) klar hervor, daß die stille Gesellschaft unzweifelhaft unter den Allgemeinbegriff der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs fällt. Das Entscheidende dabei aber ist, daß der Wille zur Bildung einer Gesellschaft vorhanden ist, und dies ist hier zweifellos anzunehmen. Wo allerdings die Grundauffassung des Verhältnisses nicht auf Vergesellschaftung geht, da ist eine stille Gesellschaft nicht vorhanden.[26])

Allerdings fehlt die für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft vom Handelsgesetzbuch in

---

[25]) vgl. HGB. §§ 338 (Hinweis auf § 716 BGB.), 339 (Hinweis auf die §§ 132, 134 u. 135 HGB. und § 723 BGB.); vgl. Lehmann S. 349 Anm. 6.

[26]) Darum nicht beim Darlehen mit Gewinnbeteiligung, dem commis interessé (RGE. Bd. 20 S. 166). Dieser ist nach Lehmann S. 195 nur Gehilfe, also eine abhängige und dem Chef untergeordnete Person.

§ 105 Abs. 2 u. § 161 getroffene Bestimmung, daß zur Ergänzung der für sie geltenden Vorschriften die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft auf sie zur Anwendung kommen sollen, bei der stillen Gesellschaft gänzlich. Doch gemäß Art. 2 EG. z. HGB. kommen in Handelssachen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs subsidiär zur Anwendung, wenn nicht im Handelsgesetzbuch und Einführungsgesetz dazu ein anderes bestimmt ist. Somit sind für die stille Gesellschaft, da sie im Handelsgesetzbuch angeführt ist, die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft subsidiär anwendbar.

Gesellschaft ist nach Maßgabe des § 705 BGB. eine vertragsmäßige Vereinigung mehrerer Personen, welche die Förderung eines gemeinsamen Zwecks anstreben.[27])

Notwendige Voraussetzung der Gesellschaft ist somit der Gesellschaftsvertrag, welcher die alleinige Quelle aller aus der Gesellschaft erwachsenden Rechte und Pflichten der Gesellschaft bildet. Ein ferneres Requisit ist die Förderung des gemeinsamen Zweckes. Nach der ganz allgemein gehaltenen Fassung des Gesetzes muß der Zweck keineswegs in einem Erwerbs- oder Vermögenszweck bestehen, es kann vielmehr jeder beliebige andere Zweck, so wissenschaftlicher, idealer, religiöser oder gesellschaftlicher Art, verfolgt werden. Der Zweck der

[27]) So Planck S. 451.

Gesellschaft muß nur ein gemeinsamer sein, d. h. „die Leistung des einen soll nicht dem anderen ausschließlich zuteil werden, sondern die Leistungen aller Kontrahenten sollen vereinigt werden, um einen Zweck zu verwirklichen, dessen Erreichung allen Beteiligten zugute kommt".[28]) Dies gilt alles in gleicher Weise bei der stillen Gesellschaft, wenn sie auch als handelsrechtliche Gesellschaft stets societas quaestus ist. Auch hier ist nach HGB. § 336 Abs. 2 ein Gesellschaftsvertrag erforderlich und ist der Zweck ein gemeinsamer, nämlich die Erzielung eines möglichst hohen, auf beide Gesellschafter anteilig entfallenden Vermögensgewinnes aus dem im Namen des Komplementars betriebenen Handelsgewerbe. Dieser stellt seine Arbeitskraft und sein Handelsgewerbe in den Dienst des gemeinsamen Zweckes, anderseits sucht der Stille diesen durch Leistung einer Vermögenseinlage zu fördern. Somit sind beide wirtschaftlich abhängig von dem zu erzielenden Gewinn, der durch jenes gemeinschaftliche Wirken aus dem Handelsgewerbe erzielt wird. Wenn man nun ferner noch in Betracht zieht, daß das bereits oben erwähnte, dem Stillen dem Komplementar gegenüber zustehende Kontrollrecht ein allen Gesellschaftern eigentümliches Merkmal ist, und ferner, daß das ebenfalls bereits erwähnte Kündigungsrecht eines Gläubigers des Stillen auch aus dem Gesellschaftsrecht herstammt, so

---

[28]) Knoke S. 12.

dürfte die Ansicht wohl als völlig gerechtfertigt erscheinen, daß die stille Gesellschaft in Wirklichkeit eine Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, wenn auch mit einigen, teilweise nicht ganz unerheblichen Abweichungen.

Der Hauptunterschied der stillen Gesellschaft von der des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist der, daß es von § 718 daselbst ein durch Beiträge der Gesellschaft gebildetes Gesellschaftsvermögen gibt, an welchem das deutschrechtliche Eigentum zur gesamten Hand unter den Gesellschaftern besteht. Bei der stillen Gesellschaft dagegen fließt die Einlage des Stillen in das Vermögen des Geschäftsinhabers; es kann hier von keinem Gesellschaftsvermögen die Rede sein. Doch ist die Bildung eines Gesellschaftsvermögens kein wesentliches Erfordernis der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wie aus § 705 daselbst aus den Worten „insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten“ klar hervorgeht. Wenn die Gesellschafter anderweitig ihr Ziel besser erreichen, so dürfte es wohl kaum in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben, einer anderen Regelung entgegenzutreten.[29]) Außerdem muß man sich bei dieser Verschiedenheit vergegenwärtigen, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Schuldverhältnisse, insbesondere über die Gesellschaft fast durchgehends dispositiver Natur sind, daß das

[29]) Knoke S. 23.

Bürgerliche Gesetzbuch gleichsam nur ein Grundbild der Gesellschaft hat aufstellen wollen, welches die Kontrahenten nach ihrem Belieben und den vorliegenden Verhältnissen durch den Gesellschaftsvertrag umgestalten können. So ist auch diese Vorschrift des § 718 dispositiv. Infolgedessen bemerkt Cosack,[30]) daß eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, selbst wenn für ihre Zwecke Vermögenswerte verwendet werden, trotzdem ohne eigenes Gesellschaftsvermögen sein kann, und führt als Beispiel dafür gerade die stille Gesellschaft des Handelsgesetzbuchs an.

In derselben Weise verhält es sich mit der ferneren Verschiedenheit zwischen beiden Gesellschaften, daß die stille Gesellschaft als bloßes Innenverhältnis Dritten gegenüber regelmäßig nicht hervortritt, während dies bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches vielfach der Fall sein wird, aber auch hier wird wohl die häufigste Anwendungsform gerade die sein, daß sie nur nach innen besteht. Außerdem zeigt auch die stille Gesellschaft sehr erhebliche Rechtswirkungen im Außenverhältnis, wie in § 11 gezeigt wird.

Infolge aller dieser Erwägungen dürfte der Schluß vollkommen gerechtfertigt erscheinen, daß die stille Gesellschaft eine handelsrechtliche Abart der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, zumal wenn man bedenkt, daß die „Gelegenheitsgesellschaft“ der Art. 266ff.

---

[30]) Cosack, Bürgerl. R. S. 393.

a. HGB. vom neuen Handelsgesetzbuch nicht übernommen ist, in der ganz richtigen Annahme, daß ihre in der Praxis wohl nicht selten vorkommende Bildung auf dem Boden des Bürgerlichen Gesetzbuches absolut möglich ist.[31])

§ 5.

Einlage des stillen Gesellschafters.

Zum Wesen der stillen Gesellschaft als Sozietätsverhältnis gehört vor allem, daß die Kontrahenten den Zweck der Gesellschaft zu fördern verpflichtet sind, und dies geschieht von seiten des Stillen gemäß § 335 Abs. 1 HGB. durch Leistung einer im Betriebe des dem Komplementar gehörigen Handelsgewerbe zu verwendenden Einlage. Bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 705) besteht die Mitwirkung der Gesellschafter in der durch den Vertrag bestimmten Weise, insbesondere in der Leistung der vereinbarten Beiträge.

Bei diesen verschiedenen Ausdrucksweisen der beiden Gesetzbücher entsteht die Frage, ob Einlage und Beiträge verschiedene Begriffe sind, oder ob dasselbe darunter von beiden Gesetzen verstanden wird. Doch wenn letzteres auch auf den ersten Blick so erscheinen mag, so decken sich beide Begriffe doch keineswegs, trotzdem der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetz-

---

[31]) v. Borch S. 33; Münch S. 19; Franck S. 14; Elsoffer S. 67.

buches nicht scharf zwischen beiden Ausdrücken unterscheidet. So kann nach § 706 der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen; nach § 718 bilden die Beiträge der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen, während nach § 733 die „Einlagen" aus dem Gesellschaftsvermögen zurückerstattet werden, mit der Ausnahme der „Einlagen", die in Diensten bestehen. Wenn man aber mit Staub diese letzte Ausdrucksweise „Einlage, die in Diensten besteht", nur für eine Unklarheit in der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches ansieht, so dürfte man wohl kaum in der Annahme fehlgehen, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch einen scharfen Unterschied zwischen beiden Ausdrücken macht. Denn aus allen anderen Stellen des Gesetzes kann man zweifellos entnehmen, daß „Beitrag" der weitere Begriff ist, der alles umfaßt, was ein Gesellschafter zur Förderung des Gesellschaftszweckes leistet, „Einlage" dagegen als der engere Begriff sich nur auf diejenige Art der Beiträge beschränkt, die in verkehrsfähigen Objekten bestehen, welche also, um mit Staub[1]) zu reden, „auf dem Kapitalkonto gebucht werden und die ziffernmäßige Grundlage der Beteiligung eines Gesellschafters bilden" können.[1a])

Jedenfalls ist Wissenschaft sowohl wie Praxis übereinstimmend der Ansicht, daß die Einlage des Stillen

---

[1]) Staub S. 1102.

[1a]) Mitscher S. 18ff.; v. Borch S. 39; Elsoffer S. 45.

nicht allein aus einer Kapitalleistung, sondern aus allen verkehrsfähigen Sachen, dinglichen wie Forderungsrechten, ja auch in der Ausnutzung von Patenten, Urheberrechten und Fabrikationsgeheimnissen, in Lieferung von Elektrizität und Wasserkräften bestehen kann; ja sogar eine „lediglich moralische Förderung des Gesellschaftszweckes [2]) ist als ein ausreichender Betrag anzusehen“.[3])

Dagegen herrscht großer Streit darüber, ob die Einlage des Stillen ausschließlich in Diensten bestehen kann.[4])

Allerdings spricht gegen die Zulässigkeit dieser nur in Diensten bestehenden Einlage die historische Entwicklung der stillen Gesellschaft, die bei dem kanonischen Zinsverbot aus dem Bedürfnis nach nutzbarer Anlage des Vermögens hervorgegangen ist. Auch bereits in den Verhandlungen der Nürnberger Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches [5]) wurde von kaufmännischer Seite gegen die Zulässigkeit einer Arbeitseinlage der wirtschaftliche Zweck der stillen- bezw. Kommanditgesellschaft betont, der gerade darin bestehe, daß einem Kapitalisten die Mög-

---

[2]) Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2 S. 373.

[3]) Lastig S. 705; v. Hahn S. 488; Staub S. 110; Lehmann S. 350; RG. Bd. 33 S. 129. Übrigens ist bloßer Warenkredit keine Einlage (RG. Bd. 31 Nr. 14).

[4]) Endemann S. 36; Elsoffer S. 20.

[5]) Nürnberger Prot. S. 288 ff.

lichkeit geboten werde, sich an kaufmännischen Betrieben mit Geld zu beteiligen, ohne persönliche Dienste zu leisten. Außerdem wurde dagegen ins Feld geführt, daß derjenige, welcher kein Geld einlegt, sondern nur Dienste leistet, nach den allgemeinen Anschauungen des Handelsstandes lediglich commis interessé, aber kein Kommanditist oder stiller Gesellschafter sei.

Trotzdem sprechen sich außer dem Reichsgericht[6]) eine Menge hervorragender Juristen für Zulassung von Diensten aus; so Renaud,[7]) der aber verlangt, daß derartige Dienste einen Geldeswert haben, und daß die Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung solcher Dienste das Vermögen des Unternehmers vermehren müsse. Auch v. Hahn[8]) pflichtet Renauds Ausführungen zu. Ferner erklären Behrend sowie Puchelt[9]) es für zulässig, daß dem Stillen der Wert von Diensten, die er im Interesse des Handelsgewerbes leistet, als Einlage angerechnet werde. Schließlich ist es auch Lehmann[10]) unerfindlich, weshalb Dienste, die sich objektiv abschätzen lassen, nicht zu den Vermögenseinlagen zu rechnen sein sollten, zumal da bei Nichtleistung ein Anspruch auf Geld gegeben sein kann, wenn auch bei Diensten stets die Vermutung naheliegt,

---

[6]) RGE. bei Holdheim Bd. 14 S. 269.

[7]) Renaud S. 80 ff.

[8]) v. Hahn S. 550.

[9]) Behrend S. 660; Puchelt S. 656; Staub S. 1101.

[10]) Lehmann S. 350.

daß das Grundverhältnis ein Dienstvertrag, nicht aber eine Gesellschaft ist.

Der hauptsächlichste Gegner der herrschenden Ansicht ist Lastig,[11]) nach dessen Ansicht zwar ein Vertrag zulässig ist, wonach jemand für das Handelsgewerbe eines anderen Dienste leistet, doch könnte hieraus niemals eine stille Gesellschaft entstehen. Dagegen spreche schon, daß hier weder von „Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil" (§ 337 Abs. 2 HGB.), noch von „Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem zur Deckung seines Verlustanteils erforderlichen Beitrag" (§ 341 Abs. 2 daselbst), noch von „Rückzahlung der Einlage in Geld" (§ 340 Abs. 1 daselbst) die Rede sein könne. Die Einwendungen Lastigs würden aber, wie Renaud[12]) mit Recht betont, ebenso wie gegen Dienstleistungen auch gegen die Übertragung von Nutzungen und Forderungsrechten sprechen, welche Schlußfolgerung zu ziehen Lastig wohlweislich unterläßt. Außerdem läßt sich gegen dessen Ansicht noch anführen, daß jede nicht in barem Geld bestehende Einlage eines stillen Gesellschafters sich in Geld abschätzen läßt und der dadurch gefundene Geldbetrag der Einlage durch Verlust ver-

---

[11]) Lastig S. 705; außerdem sprechen sich noch gegen Zulassung von Dienstleistungen aus Auerbach S. 169; v. Borch S. 42; Franck S. 24; Bolze Bd. 10 Nr. 534; Makower S. 994 Anm. 3.

[12]) Renaud S. 80.

mindert, in die Konkursmasse eingezahlt und in Geld zurückgezahlt werden kann.[13])

Damit dürften die von Lastig für seine Ansicht angeführten Gründe widerlegt sein und man mit vollem Recht der herrschenden Ansicht beipflichten können, daß Dienstleistungen des Stillen, die einen Geldwert haben — was wohl regelmäßig der Fall sein wird —, als Vermögenseinlage sich eignen, zumal wenn man bedenkt, daß bereits den Römern eine Gesellschaft nicht unbekannt war, bei denen der eine Geld, der andere nur Dienste leistet (l. 1 cod. pro socio 3, 37), und sich weiter der bereits oben erwähnten Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 706 Abs. 3) erinnert, wonach der Beitrag eines Gesellschafters auch in der Leistung von Diensten bestehen kann.

Nach Art. 252 a. HGB. wird der Inhaber des Handelsgewerbes Eigentümer der Einlage des stillen Gesellschafters. Wenn nun auch bereits unter der Herrschaft dieses Gesetzes der Ausdruck Eigentum bereits mit Vermösen identifiziert wurde, so daß es nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen, wie Forderungsrechte, zuließ, so bestimmt das neue Handelsgesetzbuch in § 335, um jeden Zweifel zu beseitigen, daß die Einlage in das Vermögen des Komplementars übergehe. Diese neue Fassung wird in der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch (S. 184) dahin ausgelegt, daß sie auch „für

---

[13]) v. Borch S. 41.

Gegenstände zutrifft, die der stille Gesellschaftsinhaber nur zum Gebrauche überläßt", und sie „zugleich erkennen läßt, daß es zum Eigentumsübergange auch hier der nach allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Übertragungshandlungen bedarf".

Danach ist einmal die Hingabe einer Sache zum Gebrauch (quoad usum) zulässig, da es ebenso wie die Hingabe quoad dominium einen Vermögenswert repräsentiert und dem Komplementar die Befugnis verschafft, das durch die Einlage gewährte Recht während des Bestehens der Gesellschaft auszuüben, ohne daß der Stille dadurch des Eigentumsrechts verlustig geht.[14])

Ferner sind zum Eigentumsübergang die durch das Bürgerliche Gesetzbuch vorgeschriebenen Übertragungshandlungen erforderlich. Werden daher bewegliche Sachen eingebracht, so bedarf es außer der Übergabe der Sachen noch der Einigung der Parteien darüber, daß Eigentum übergehe (§ 929 BGB.); ist der Komplementar bereits im Besitze der Sache, so genügt bloße Einigung bezüglich des Eigentumsüberganges (brevi manu traditio § 929 Satz 2). Oder es kann die Besitzübergabe durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Komplementar den mittelbaren Besitz der einzulegenden Sache erhält, während der Stille sie im unmittelbaren Besitz behält (constitutum possessorium § 930). Endlich kann auch, wenn ein Dritter im Besitze der einzulegen-

---

[14]) Dießner S. 13.

den Sache ist, die Übergabe durch Abtretung des dem Stillen zustehenden Herausgabeanspruchs ersetzt werden (Vindikationszession § 934). Bei Forderungsrechten dagegen ist Zession, Indossament oder die Übergabe des sie verkörpernden Papiers erforderlich, während bei der Einbringung eines Grundstücks oder dinglicher Rechte Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang sowie die formale Erklärung derselben vor dem Grundbuchamt und Eintragung ins Grundbuch nötig ist (§§ 873 und 925).[15])

Zu einer Erhöhung der vereinbarten oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist der Stille ebensowenig nach a. HGB. Art. 252 wie nach § 707 BGB. verpflichtet (S. 184 der erwähnten Denkschrift), wie er auch andererseits niemals den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste herauszuzahlen hat (§ 337 Abs. 2 HGB.); mittels der actio pro socio kann der Stille zur Leistung der Einlage angehalten werden, und zwar mangels anderer Vereinbarung mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Falls die Einlage in Geld besteht und der Stille mit deren Leistung in Verzug ist, hat derselbe nach § 111 HGB.[16]) Zinsen von dem Tage an zu entrichten, an welchem die Zahlung hätte geschehen sollen, und zwar, falls auf beiden Seiten

[15]) Franck S. 26ff.; Münch S. 60.

[16]) Nach Renaud S. 120 Anm. 1 findet dieser für den offenen Handelsgesellschafter gegebene § 111 analoge Anwendung auf die Kommanditisten und den stillen Gesellschafter.

ein Handelsgeschäft vorliegt, gemäß §§ 352 u. 353 HGB. 5%, sonst nach § 246 BGB. 4%.

Ob die Einlage auf einmal oder ratenweise zu zahlen ist, hängt von dem Vertrage ab, event. auf einmal nach dem Vertragsabschluß.

Für Mängel der Einlage haftet der Stille wie ein Verkäufer gemäß BGB. § 493.[17])

§ 6.

Die Geschäftsführung.

Während für die bürgerliche Gesellschaft gemäß § 709 BGB. allen Gesellschaftern die Führung der Geschäfte gemeinschaftlich obliegt, falls diese nicht durch den Gesellschaftsvertrag einem oder mehreren der Gesellschafter unter Ausschluß der übrigen übertragen ist, so steht bei der stillen Gesellschaft begriffsmäßig nur dem Komplementar allein die Leitung der Geschäfte zu, und zwar im eigenen Namen, jedoch für gemeinschaftliche Rechnung.[1]) Letzteres aus dem Grunde, weil der Stille sich mit einer in das Vermögen des Komplementars fließenden Einlage an dessen Handelsgewerbe beteiligt. Deshalb wird dieser Eigentümer der eingebrachten Grundstücke und Mobilien, Gläubiger der eingebrachten Forde-

---

[17]) Lehmann-Ring S. 686 N. 14.

[1]) Anderer Ansicht Lastig S. 709 und Renaud S. 130, die den Komplementar sein Geschäft auf eigene Rechnung betreiben lassen.

rungen, auch Alleinberechtigter der sonstigen Rechte und des überlassenen Gebrauchs.[2]) Dagegen ist er verpflichtet, die Einlage ihrer Bestimmung gemäß zu verwenden, somit das Handelsgewerbe in einer der Absicht der Kontrahenten entsprechenden Weise zu betreiben. Da der Komplementar aber seine eigenen Geschäfte führt, so hat der Stille kein Recht darauf, um seine Zustimmung angegangen zu werden, sogar nicht bei ungewöhnlichen Geschäften. Doch wenn diese völlig aus dem Rahmen des Geschäftsbetriebes heraustreten[3]) oder das Geschäft aufgegeben, veräußert resp. in eine Handelsgesellschaft umgewandelt wird, so ist vorher die Zustimmung des Stillen einzuholen, ohne welche sich der Komplementar eines vertragswidrigen Verhaltens schuldig machen würde, das ihn nach BGB. §§ 823 u. 826 schadensersatzpflichtig machen oder den Stillen aus diesem wichtigen Grunde zur Auflösung des Vertrages berechtigen würde. Doch kann dieser durch Erteilung einer Prokura oder Handelsvollmacht von seiten des Komplementars zur Beteiligung an dessen Handelsgewerbe berechtigt wie verpflichtet werden. Im übrigen hat der Komplementar bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten für diligentia quam in suis einzustehen (BGB. § 708), da er durch seine nachlässige Geschäftsführung in erster Linie sich selbst schädigt.

---

[2]) Staub S. 1005 Anm. 31; Franck S. 29; Weiser S. 40ff.

[3]) Cosack S. 544.

Ob dem Komplementar die Abänderung des Geschäftszweiges ohne des Stillen Einwilligung gestattet ist, dürfte quaestio facti sein für den Richter. Dies führt zu der Frage, ob dem Komplementar auch dem durch § 112 HGB. für den offenen Handelsgesellschafter statuierten Konkurrenzverbot unterliegt. Nach Behrend[4]) würde es wider Treu und Glauben verstoßen, wenn der Komplementar ohne Einwilligung des Stillen in demselben Handelszweige anderweit Geschäfte für eigene Rechnung oder für die eines Dritten abschlösse, da er dadurch die Gewinnchancen aus dem Handelszweige schädigt. Auch die Folgen der Verletzung sind nach Behrend im wesentlichen dieselben wie bei der offenen Handelsgesellschaft. Nur kann von einem Eintrittsrecht des Stillen, wie man Lehmann-Ring a. a. O. wohl recht geben muß, nicht die Rede sein, da der Stille ja gar nicht Kaufmann zu sein braucht. Jedoch kann man der weiteren Ansicht Behrends wieder beipflichten, daß die Bestimmung des § 113, wonach die Ansprüche auf Schadensersatz in drei Monaten seit der erlangten Kenntnis verjähren, auf die stille Gesellschaft unanwendbar sei, da die Veranlassung zur Ausübung dieser Rechte nicht bereits im Augenblick erlangter Kenntnis von dem Abschlusse eines solchen Geschäfts

[4]) Behrend S. 672; gleiche Ansicht vertritt Staub S. 1105 Anm. 34; Cosack S. 544 VII. Dagegen verwirft Lehmann-Ring S. 669 die prinzipielle Anwendung des Konkurrenzverbotes; derselbe will vielmehr nach Lage des einzelnen Falles entscheiden.

vorhanden, sondern erst in dem Momente, wo es sich herausstellt, daß dieses Geschäft in der Bilanz nicht auf gemeinschaftliche Rechnung gestellt ist.[5]) Es ist daher wohl die Frage, ob der Komplementar dem Konkurrenzverbot unterstellt ist, im bejahenden Sinne zu entscheiden.

Dagegen unterliegt der Stille nicht dem Konkurrenzverbot; dieser darf stets in dem betreffenden Handelszweige Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung abschließen, darf sich sogar an anderen gleichartigen Betrieben als stiller oder offener Gesellschafter beteiligen.

Wenn nun auch, wie oben ausgeführt, der stille Sozius grundsätzlich an der Geschäftsführung nicht teilnimmt, so hat ihm der Gesetzgeber doch im § 338 HGB. das bereits oben § 3 erwähnte Kontrollrecht verliehen. Danach hat er die Befugnis, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen; es kann auch das Gericht beim Vorliegen wichtiger Gründe, z. B. bei unredlicher Geschäftsführung, auf Antrag des Stillen die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Auf-

---

[5]) Diese letzte von Behrend aufgestellte Ansicht bekämpft Eberlein S. 32, da der Stille schon im Augenblick der Kenntnisnahme eines solchen vertragswidrigen Geschäfts Grund hat, sofort festzustellen, ob dasselbe für gemeinsame oder nur für Rechnung des Komplementars abgeschlossen gelten solle. Die Richtigkeit dieser Ansicht zugegeben, so dürfte der Stille doch wohl in den seltensten Fällen vor Empfang der jährlichen Bilanz diese Kenntnis haben.

klärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen. Doch sind die im § 716 BGB. dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren dahingehenden Kontrollrechte, sich von den Angelegenheiten persönlich zu unterrichten und sich aus den Büchern und Papieren eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen, ausdrücklich im § 338 Abs. 2 HGB. dem Stillen versagt.

Fraglich kann die Gestaltung des Kontrollrechts sein, wenn der Komplementar zu den Minderkaufleuten gehört. Der Komplementar ist in diesem Falle zwar nicht zur Führung von Büchern verpflichtet, wohl aber zur Aufstellung derartiger Notizen, daß er alljährlich dem Stillen Rechenschaft abzulegen in der Lage ist. Ferner kann der Stille in diesem Falle aus wichtigen Gründen jederzeit anderweitige Aufklärung verlangen. Jedenfalls genügen Pauschalangaben nicht, sondern es muß stets eine Detaillierung der Einnahme- und Ausgabeposten vorgelegt werden.[6])

§ 7.

Gewinn und Verlust.

Die stille Gesellschaft als societas quaestus bezweckt durch die Assoziation des Stillen mit dem Komplementar in erster Linie die Erzielung eines Gewinnes und anderer-

[6]) So Staub S. 1110 Anm. 6; Behrend § 93 Anm. 19; Bolze Bd. 8 Nr. 539 b; Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 338.

seits das gemeinsame Tragen des etwaigen Verlustes, wenn, wie gesagt, nichts anderes vereinbart ist. Ein notwendiges Erfordernis ist die Gewinnbeteiligung gemäß HGB. § 336 Abs. 2 a. E., während unter dem alten Handelsgesetzbuch, das darüber keine Bestimmung enthielt, ebenfalls dahin die herrschende Ansicht ging.[1])

Über die Höhe der den stillen Gesellschafter treffenden Verlust- und Gewinnanteile entscheidet in erster Linie der Gesellschaftsvertrag, und hier wird wohl regelmäßig vereinbart sein, daß der Stille am Gewinn wie am Verlust gleichmäßig teilnehmen soll. Dies ist auch der Fall, wenn etwa nur für Gewinn oder nur für Verlust eine Bestimmung getroffen ist; diese gilt im Zweifel sowohl für Gewinn wie für Verlust,[2]) wie die hier mangels handelsrechtlicher Bestimmung Platz greifende Auslegungsregel des § 722 Abs. 2 BGB. besagt. Soll der Stille am Verlust nicht beteiligt sein, so muß dies im Vertrag ausdrücklich bestimmt sein. Doch wenn derselbe überhaupt keine Vorschrift über Teilnahme des Stillen am Gewinn

---

[1]) Anderer Ansicht Puchelt S. 146 Nr. 3, der den Gesellschaftscharakter unter Umständen als gewahrt ansieht, wenn der nicht am Gewinn beteiligte Stille weder eine Vermögenseinlage gemacht noch Dienste geleistet hat, da in einem solchen Abkommen nichts weiter als eine unentgeltliche Verbürgung für die Schulden des Geschäfts zu erblicken sei. In der 4. Aufl. stimmt übrigens auch Puchelt der allgemeinen Ansicht bei (Nr. 2 zu Art. 254).

[2]) Staub S. 1107 Anm. 2 zu § 336.

und Verlust enthält, so wurde nach a. HGB. Art. 254 dieselbe nach richterlichem Ermessen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festgestellt, während nach n. HGB. § 336 Abs. 1 ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen gilt. Da aber wohl in den seltensten Fällen die Heranziehung richterlicher Hilfe entbehrlich ist, so dürfte meiner Ansicht die Fassung des alten Handelsgesetzbuches vorzuziehen sein.[3]) Die Berechnung des Gewinnes und Verlustes hat gemäß § 377 Abs. 1 HGB. am Schluß jedes Geschäftsjahres zu erfolgen, oder korrekter dürfte mit Staub[4]) wohl die Fassung lauten: „Für den Schluß jedes Geschäftsjahres".

a) Der Gewinn insbesondere.

Gewinn bei der stillen Gesellschaft liegt nach Renaud[5]) vor, wenn „die Rechnung einer gegebenen Geschäftsperiode einen Überschuß des Betrages des vom Komplementar in derselben Erworbenen über die in der nämlichen Zeit gehabten Verluste und Unkosten ausweist". Daher bleibt der Bestand des bei Beginn der Gesellschaft vorhandenen Gesellschaftsvermögens völlig außer Betracht. Voraussetzung für den Gewinnanteil des Stillen ist natürlich, daß es sich um Gewinn aus dem ganzen Handelsgewerbe oder aus einem Zweige

---

[3]) Eberlein S. 34.

[4]) Staub S. 1108 Anm. 1 zu § 337.

[5]) Renaud S. 123.

desselben, nicht aber aus einem oder einer Reihe einzelner Geschäfte handelt, weil ja sonst keine stille, sondern nur eine Gelegenheitsgesellschaft[6]) vorliegt.

Da der Stille auf Zinsen keinen gesetzlichen Anspruch hat, so kann er wie die offenen Handelsgesellschafter und die Komplementare[7]) bei der Kommanditgesellschaft eine Vorzugsdividende von 4% von dem Gesellschaftserwerbe nicht beanspruchen.

Die Art und Höhe der Gewinnbeteiligung des Stillen kann vertragsmäßig auf die allerverschiedenste Weise bestimmt werden. Dieser kann Anspruch auf eine Quote des Gewinns oder einen bestimmten Prozentsatz desselben haben; es ist auch zulässig, der Höhe des Gewinnanteils eine feste Grenze zu ziehen. Auch können dem Stillen neben einer Gewinndividende feste Zinsen in Gestalt einer jährlichen Rente gewährt werden.[8]) Doch wer feste Zinsen bezieht, jedoch am Verlust nicht teilnimmt, ist überhaupt kein Gesellschafter, sondern Darlehensgläubiger.[9]) Jedenfalls muß die Höhe des Gewinnanteils stets ein ungewisser und von dem wechselnden Geschäftsgange abhängig sein.[10])

Wenn nach der für jedes Geschäftsjahr vom Kom-

---

[6]) Art. 226 ff. a. HGB.

[7]) §§ 121 u. 167. n. HGB.

[8]) ROHG. S. 9 Nr. 12; Cosack S. 546; Münch S. 69.

[9]) RG. Bd. 30 S. 16; Lehmann-Ring S. 666 Nr. 7; v. Hahn S. 775; Renaud S. 119.

[10]) Cosack S. 546; Weiser S. 48; Franck S. 34.

plementar dem Stillen aufgestellten Bilanz sich für diesen ein Reingewinn ergibt, so ist derselbe dem Stillen nicht etwa wie dem offenen Handelsgesellschafter (§ 120 Abs. 1) gutzuschreiben, sondern faktisch auszuzahlen (§ 337 Abs. 1), selbst wenn sich inzwischen Verlust eingestellt hat oder die Auszahlung des Gewinnes — anders wie bei der offenen Handelsgesellschaft (§ 122 Abs. 1) — der Gesellschaft zum offenbaren Schaden gereicht.

Jedoch wird der jährliche Gewinn des Stillen, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, zur Deckung dieses Verlustes verwendet (§ 337 Abs. 2), aber der Stille ist nach der soeben zitierten Bestimmung des Handelsgesetzbuchs niemals verpflichtet, den an ihn ausgezahlten Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen. Falls der Gewinnbezug des Stillen jedoch auf wesentlichem Irrtum des Komplementars bei der Aufstellung der Bilanz beruht, so kann dieser diese Auszahlung des Gewinnanteils auf Grund des § 119 BGB. anfechten; der gute Glaube des Empfängers findet hier nicht wie beim Komplementar (§ 172 HGB.) Anwendung. Wenn aber der Irrtum nicht nachweisbar ist, so würden noch immer die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB. Platz greifen.

Die Schuld des Komplementars ist mangels einer anderen Vereinbarung eine Holschuld, da der Stille gemäß § 337 Abs. 3 den Gewinn vom Komplementar zu erheben hat, im Gegensatz zu der Vorschrift des § 270 BGB., wonach Geldschulden Bringschulden sind, denn

sonst würde ja jene Bestimmung des Handelsgesetzbuches völlig überflüssig sein.[11])

Nicht erhobener Gewinn vermehrt bei Mangel einer besonderen Vereinbarung die Einlage des Stillen nicht, welcher vielmehr deswegen Gläubiger des Komplementars wird. Für diesen Rückstand kann der Stille nur Zinsen beanspruchen, falls diese ausdrücklich vereinbart sind, oder wenn auf beiden Seiten ein Handelsgeschäft vorliegt (5% nach §§ 352 u. 353 HGB.), oder wenn der Komplementar durch Mahnung in Verzug gesetzt ist (4% gemäß §§ 246 u. 284 BGB.).

b) Der Verlust insbesondere.

Während der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs war es sowohl in der Wissenschaft wie in der Praxis eine vielumstrittene Frage, ob der völlige Ausschluß des Stillen von der Teilnahme am Verlust mit dem Wesen der stillen Gesellschaft zu vereinigen sei. Dieser Ansicht huldigen einige Schriftsteller, wie Behrend, Lastig, Puchelt und Renaud, indem sie hierin lediglich eine Abweichung vom Normalfall er-

---

[11]) So v. Hahn S. 772; Behrend S. 674; Renaud S. 125; Weiser S. 51; Eberlein S. 36; dagegen sprechen folgende Juristen sich für eine Bringschuld aus: Puchelt S. 663; Staub S. 1109; Lehmann-Ring S. 672 und Münch S. 51.

[12]) Behrend S. 662; Lastig S. 705; Puchelt S. 653; Renaud S. 130.

blickten, während Staub[13]) den Verlustausschluß mit dem Wesen der stillen Gesellschaft für unzulässig erklärte. In derselben Weise gingen die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe[14]) auseinander. Diese Streitfrage beseitigt das neue Handelsgesetzbuch, indem es ausdrücklich im § 336 Abs. 2 vorschreibt, daß der Stille durch den Gesellschaftsvertrag von der Teilnahme am Verlust ausgeschlossen werden könne.

Verlust ist nach Renaud[15]) vorhanden, wenn und soweit am Schluß einer Rechnungsperiode der in derselben gemachte Erwerb die in eben diesem Rechnungsabschnitt entstandenen Einbußen und Unkosten nicht deckt. Die Bestimmung der Höhe der Verlustbeteiligung richtet sich ebenso wie die über die Höhe der Gewinnbeteiligung in erster Linie nach den Parteivereinbarungen; in deren Ermanglung gilt auch hier ein den Umständen angemessener Anteil als bedungen (§ 336 Abs. 1). Auch die Verlustbeteiligung, ebenso wie die Gewinnbeteiligung, kann in der verschiedensten Weise festgesetzt sein, regelmäßig wird sie aber wohl in einem Bruchteil oder bestimmten Prozenten des Gesamtverlustes bestehen.

Die eingezahlte oder rückständige Einlage bildet die Höchstgrenze, bis zu welcher dem Stillen ein Verlust zu Lasten geschrieben werden kann. Der Defekt

---

[13]) Staub ältere Ausgabe S. 644.

[14]) ROHG. Bd. 12 S. 32, vgl. mit RG. Bd. 3 S. 5 bei Bolze Bd. 1 Nr. 1159, RG. Bd. 27 S. 4 und Bd. 20 S. 165.

[15]) Renaud S. 131.

aber, den ein früherer Verlust in die Einlage gerissen hat, muß zunächst aus späterem Gewinn wieder gedeckt werden, bevor ein Jahresgewinn an den Stillen ausgezahlt werden kann (§ 337 Abs. 2 u. 3).[16]) Wenn demnach die eingezahlte oder rückständige Einlage des Stillen 20 000 Mk. beträgt und der für den Schluß des Geschäftsjahres für diesen sich ergebende Verlustanteil sich auf 25 000 Mk. beläuft, so kann trotzdem sein Konto nur mit 20 000 Mk. belastet werden. Kommen nach diesem Verlustjahr wieder Gewinnjahre, so erhält der Stille von seinem jährlichen Gewinnanteil vom Komplementar so lange nichts ausgezahlt, bis die ursprüngliche Einlage wieder völlig erreicht ist. Trotz des völligen Verlustes der Einlage endet die stille Gesellschaft nicht, wenn sie auf eine bestimmte, noch nicht abgelaufene Zeit eingegangen ist, da auf Verlustjahre wieder Gewinnjahre folgen können, welche die Wiederergänzung der Einlage ermöglichen lassen. Anders verhält sich natürlich die Sache, wenn der Anteil des Stillen am Gewinn und Verlust von dem jeweiligen Bestand der Einlage abhängig ist. Alsdann gehört, sobald die Einlage einmal erschöpft ist, eine fernere Existenz des Gesellschaftsvertrages zu den Unmöglichkeiten, weil sich ein Gewinn zugunsten des Stillen unter keinen Umständen mehr ergeben kann und eine weitere Belastung desselben mit Verlustanteilen ebenfalls unmöglich ist.[17])

---

[16]) Goldmann S. 1308; Gareis S. 187.

[17]) Weiser S. 55; Eberlein S. 39; Franck S. 39.

Selbstverständlich kann sich die Beteiligung des Stillen nur auf solche Geschäfte erstrecken, die in dem Handelsgewerbe, an dem er sich beteiligt, entstanden sind. Dagegen hat er nicht den Verlust aus Geschäften zu tragen, die nach dem Vertrage oder den Verkehrsanschauungen über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen.[18])

B. Die stille Gesellschaft im Innenverhältnis nach ihrer Auflösung.

§ 8.

Auflösungsgründe.

Während das alte Handelsgesetzbuch[1]) die einzelnen Fälle der Auflösung der stillen Gesellschaft aufzählte und zum Teil näher regelte, verweist das neue Handelsgesetzbuch nur in § 338 hauptsächlich auf bestimmte Vorschriften über die Auflösung der offenen Handelsgesellschaften. Im übrigen sind subsidiär die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 723 ff.) über die Auflösung der bürgerlichen Gesellschaft heranzuziehen, die im allgemeinen genügen.[2])

Die Auflösung der stillen Gesellschaft kann nun erfolgen einerseits durch die übereinstimmende Willens-

---

[18]) Renaud S. 134; Eberlein S. 39; Franck S. 40.

[1]) Art. 261—264.

[2]) Denkschr. S. 185.

erklärung beider Gesellschafter oder durch die einseitige des einen Sozius resp. eines Gläubigers des Stillen, andererseits kraft gesetzlicher Bestimmung.[3])

Wie die stille Gesellschaft durch übereinstimmende Willenserklärung der Kontrahenten zur Entstehung gelangt, so kann auch in derselben Weise ihre Auflösung erfolgen. Diese Auflösung hat im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch (Art. 261 Ziff. 4) weder in den Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs über die stille Gesellschaft noch in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaften als etwas Selbstverständliches Erwähnung gefunden.[4]) Aus demselben Grunde ist auch der ferner im alten Handelsgesetzbuch a. a. O. unter Ziff. 5 angeführte Auflösungsgrund, nämlich der Ablauf der festgesetzten Zeit, in den modernen Gesetzen nicht aufgenommen, wie auch in der Denkschrift (S. 185) hervorgehoben wird. Es genügen vollständig die allgemeinen Grundsätze für die Beendigung der auf dem Gesellschaftsvertrage beruhenden Schuldverhältnisse.[5])

Die im Vertrag vereinbarte Zeit, mit deren Ablauf das Gesellschaftsverhältnis enden soll, kann auf eine bestimme Anzahl von Jahren festgesetzt sein, oder für die Dauer eines bestimmten Verhältnisses, z. B. der Lebenszeit eines der beiden Gesellschafter, oder die

[3]) Franck S. 53.

[4]) Staub S. 1113 Anm. 13.

[5]) Planck Bd. 2 S. 470.

Dauer eines Patentes. Nach Ablauf der festgesetzten Zeit tritt die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses ein. Wenn die Gesellschaft aber schweigend fortgesetzt wird resp. für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist, so steht sie einer für unbestimmte Zeit eingegangenen gleich.[6]) In diesem Falle nun, wo also die Dauer weder durch Vereinbarung einer bestimmten Zeit noch in anderer Art, z. B. dadurch festgesetzt wird, daß der Zweck der Gesellschaft in der Vornahme bestimmter Geschäfte besteht,[7]) kann die Kündigung eines Gesellschafters nur für den Schluß eines Kalenderjahres erfolgen und muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.[8]) Denn die Befugnis, die Gesellschaft jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, wie sich aus dem § 723 BGB. ergibt, konnte weder den Kontrahenten der stillen Gesellschaft noch einem Gläubiger des Stillen eingeräumt werden, da dem Komplementar zur Rückzahlung der Einlage und umgekehrt dem Stillen zu deren anderweitiger Verwertung eine gewisse Zeit gelassen werden sollte (Denkschr. S. 185).

Ist die Dauer der Gesellschaft durch Festsetzung einer gewissen Zeit oder in anderer Art bestimmt, so bleibt auch während derselben das freie Kündigungsrecht ausgeschlossen. Ausnahmsweise soll aber eine

---

[6]) HGB. § 339 in Verb. mit § 134.

[7]) Planck S. 471 Anm. 2 zu § 723.

[8]) HGB. § 339 in Verb. mit § 134.

Kündigung jederzeit zulässig sein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, und zwar auch dann, wenn die Gesellschaft auf unbestimmte Dauer eingegangen ist.[9]) Dieses beiden Gesellschaftern zustehende Kündigungsrecht kann weder durch Vereinbarung aufgehoben noch den Vorschriften des § 723 Abs. 3 BGB. zuwider beschränkt werden. Wenn aber einer der Gesellschafter zur Unzeit ohne wichtigen Grund kündigt, so hat er dem anderen den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (BGB. a. a. O. Abs. 2).

Wichtige Auflösungsgründe können bereits im Gesellschaftsvertrage festgesetzt werden, doch führt das Gesetz (§ 133 Abs. 2 HGB.) selbst für die Beurteilung der Wichtigkeit der Gründe ein Beispiel an, nämlich daß der andere Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder daß die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Verschuldete oder unverschuldete Unmöglichkeit stehen hierbei völlig gleich.[10]) Es können demnach die verschiedensten Umstände die Gesellschafter zur Kündigung berechtigen, während das Gesetz selbst außer dem genannten Beispiel eine Aufzählung weiterer Gründe, wie sie im alten Handelsgesetzbuch unter Art. 125 erfolgt

---

[9]) HGB. § 339 Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit § 723 BGB.; Planck Bd. 2 S. 471 Anm. 1b zu § 723.

[10]) Planck Bd. 2 S. 471 Anm. 1b zu § 723.

ist, verzichtet hat, da sie nach der Denkschrift[11]) für die Rechtssprechung ohne wesentlichen Nutzen und deshalb entbehrlich sind.

Was die Kündigung selbst anbetrifft, so ist diese eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem anderen Gesellschafter gegenüber abzugeben ist, ohne daß hierbei eine besondere Form — falls diese nicht ausdrücklich vorgeschrieben — zu beachten ist. Aus dem Stillschweigen der Gegenpartei ist nicht ohne weiteres auf dessen Zustimmung zu schließen, sondern es kommt immer auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles an[12]): Die nicht gerechtfertigte Kündigung ist wirkungslos und der Kündigende bleibt Gesellschafter; liegt dagegen ein zulässiger Grund zur Kündigung vor, so wird die Gesellschaft durch diese selbst aufgelöst,[13]) ohne daß es eines richterlichen Urteils bedarf[14]) wie bei der offenen Handelsgesellschaft (HGB. §§ 131 Ziff. 6 u. 133). Wenn allerdings der eine Gesell-

[11]) Renaud S. 158ff. führt einige besonders wichtige Gründe an, aus denen die Auflösung der stillen Gesellschaft jederzeit verlangt werden kann, und zwar auf seiten des Komplementars: Unredlichkeit bei der Geschäftsführung oder Rechnungslegung, Mißbrauch der Einlage, vertragswidrige Veränderung oder Aufgabe des Handelsbetriebes sowie Krankheit; auf seiten des Stillen: nicht rechtzeitige Einzahlung der Einlage, Mißbrauch seiner Kontrollrechte usw. (Denkschr. S. 98).

[12]) ROHG. Bd. 12 S. 101.

[13]) Staub S. 1114 Anm. 24 zu § 339.

[14]) Zur Zeit des a. HGB. war die Frage kontrovers.

schafter die Kündigung nicht für gerechtfertigt erklärt, so muß dieser zwar gleichfalls eine Gerichtsentscheidung herbeiführen. Diese hat aber, falls sie die Kündigung für begründet erachtet, deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung, d. h. es endet die stille Gesellschaft bereits mit dem Momente, in dem die Kündigung in rechtswirksamer Weise geschehen ist, nicht etwa erst mit der Rechtskraft des Urteils.[15]) Denn dieses schafft nicht Recht, sondern entscheidet nur, ob wichtige Gründe vorgelegen haben.[16])

Die Kündigung der stillen Gesellschaft kann jedoch nicht nur durch die Gesellschaft selbst, sondern auch durch die Gläubiger erfolgen, aber nur durch die des Stillen, während die des Komplementars sich ja ohne weiteres durch Zwangsvollstreckung in ihres Schuldners Vermögen Befriedigung verschaffen können. Denn der Umstand, daß der Stille einen Teil seines Vermögens einem anderen völlig zu Eigentum hingegeben hat, könnte für seine Gläubiger große Gefahren in sich schließen, wenn ihnen nicht Mittel zu Gebote ständen, vor anderweitiger Auflösung der Gesellschaft das ihrem Schuldner gegenüber dem Komplementar zukommende Guthaben behufs ihrer Befriedigung anzugreifen.[17]) Der Gesetzgeber hat aus diesem Grunde bei Vermögensverfall des Stillen seinen Gläubigern das bereits oben § 4 erwähnte Recht zur

[15]) Renaud S. 156; Staub S. 1114 Anm. 23 zu § 339.

[16]) ROHG. Bd. 12 S. 13.

[17]) Nürnb. Prot. S. 4651.

Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses eingeräumt, aber unter folgenden Voraussetzungen nach der Bestimmung des HGB. § 339 in Verb. mit § 153:

Der Gläubiger des Stillen muß, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige, was dem Stillen bei der Auseinandersetzung zukommt, erwirken.[18])

Hierbei kommen die Vorschriften der §§ 828 ff. ZPO. zur Anwendung.

Der Gläubiger hat somit bei dem Amtsgericht als Vollstreckungsgericht ein „Gebot“ an den Komplementar zu erwirken, nunmehr nicht an den Stillen, sondern an den pfändenden Gläubiger zu zahlen, und ein „Verbot“ an den Stillen, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Der pfändende Gläubiger ist nach neuem Recht im Gegensatz zu Art. 126 a. HGB. einerseits insofern besser gestellt, als er nicht mehr die Zwangsvollstreckung selbst betrieben haben muß, vielmehr der Nachweis der Unmöglichkeit genügt, Befriedigung vom Stillen zu erlangen, und daß die Vollstreckung nur in Mobilien stattzufinden hat. Andererseits ist heute das Kündigungsrecht sachlich insofern eingeschränkt, als der

---

[18]) Diese Bestimmung ist dem § 66 des Reichsges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. 5. 1889 entlehnt.

Schuldtitel, auf Grund dessen Pfändung und Überweisung des Guthabens des Stillen erfolgt sind, faktisch vollstreckbar sein muß, zeitlich insoweit, als nicht jede in früherer Zeit vorgenommene Zwangsvollstreckung genügt, sondern dieselbe innerhalb der letzten sechs Monate vor der Pfändung und Überweisung erfolgt sein muß. Die Gründe, welche die modernen Gesetzgeber zur Erweiterung resp. Einschränkung des Kündigungsrechts veranlaßt haben, dürften folgende sein:

Der Gläubiger braucht die fruchtlos gebliebene Zwangsvollstreckung nicht selbst betrieben zu haben, um Weitläufigkeiten und Kosten zu ersparen,[19]) und die Vollstreckung in Mobilien genügt, da der Nachweis des Mangels an anderen Exekutionsobjekten schwer zu erbringen ist. Die Bestimmung, daß der Schuldtitel bereits vollstreckbar sein muß, bevor zur Pfändung und Überweisung der Einlage geschritten werden kann, ist ersichtlich nur aus praktischen Gründen erlassen, nämlich zur Verhinderung von Verwicklungen, die bei einer späteren Wiederaufhebung der vom Gläubiger erwirkten Exekution eintreten könnten, ganz abgesehen davon, daß die auf Grund eines nur für vorläufig vollstreckbar erklärten Schuldtitels erfolgte Pfändung dem Gläubiger einen Vorrang vor anderen Gläubigern geben würde.[20])

[19]) Begründung des 2. Entw. eines Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Drucksachen der Reichstagssession 1888/89 S. 812.

[20]) Parisius u. Crüger S. 229ff.

Das Erfordernis einer voraufgegangenen fruchtlosen Auspfändung ist wohl zur möglichsten Vorbeugung schikanöser Versuche, die Gesellschaft aufzulösen,[21]) vom Gesetzgeber aufgestellt, oder um das Gesellschaftsverhältnis zu einem festeren zu machen, zumal andererseits die dem Gläubiger zustehenden Befugnisse völlig ausreichen.[22])

Sind alle obenerwähnten Voraussetzungen vom Gläubiger erfüllt, so kann derselbe das Sozietätsverhältnis — ganz gleichgültig ob es für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist — sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres durch Kündigung zur Auflösung bringen, wenn auch der Komplementar diese ihm möglicherweise sehr nachteilige Aufhebung der stillen Gesellschaft durch Befriedigung des Gläubigers auf Rechnung des Stillen stets zu hindern in der Lage ist.[23])

Ohne jedes Hinzutun von seiten irgendeines Beteiligten gelangt die stille Gesellschaft in nachstehenden Fällen auch kraft Gesetzesvorschrift zur Auflösung.

Zunächst wird die stille Gesellschaft durch den Tod des Komplementars[24]) gemäß § 727 BGB. aufgelöst.

---

[21]) Prot. S. 4256.

[22]) Franck S. 59.

[23]) Eberlein S. 52ff.; Münch S. 94ff.; Weiser S. 75ff.

[24]) Ist der Komplementar eine offene Handelsgesellschaft, Kommandit- oder Aktiengesellschaft, durch deren Auflösung; Lehmann-Ring S. 675 Anm. 5; Renaud S. 163.

Auch die Vorschrift des Abs. 2 daselbst gilt nach Staub[25]) ebenfalls für die stille Gesellschaft, nämlich daß der Erbe des Komplementars unverzüglich den Tod desselben dem Stillen anzuzeigen und dieser, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden, die seinem Erblasser obliegenden Geschäfte fortzuführen hat, bis der Stille in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen kann. Doch die weitere Bestimmung des § 727 Abs. 2, daß die übrigen Gesellschafter zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet sind, kann beim Stillen nur dann zur Anwendung kommen, wenn derselbe bei der Geschäftsführung laut Gesellschaftsvertrag beteiligt ist. In diesem kann auch bestimmt sein, daß der Erbe des Komplementars die Gesellschaft fortführt; der Erbe wird in diesem Falle ohne Schließung eines neuen Vertrages Komplementar, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt. Dagegen erfolgt durch des Stillen Tod die Auflösung der Gesellschaft nicht,[26]) an seine Stelle treten ohne weiteres seine Erben, die dem Komplementar gegenüber dieselben Rechte und Pflichten wie ihr Erblasser haben, doch beim Vorhandensein mehrerer Erben gelten sie in ihrer Gesamtheit nur als ein Gesellschafter. Sie haben daher nur ein Konto, können auch nur eine Abschrift der Bilanz verlangen, auch die Einsicht der Bücher und Papiere

---

[25]) Staub S. 1112 Anm. 3 zu § 339.

[26]) § 339 Abs. 2 HGB.

nur durch einen bestellten Vertreter vornehmen lassen, andererseits haften sie auch gemeinsam für die etwa im Rückstand befindliche Einlage — der im a. HGB. Art. 260 Ziff. 2 statuierte weitere Auflösungsgrund durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Komplementars zur selbständigen Vermögensverwaltung ist ins neue Handelsgesetzbuch nicht übernommen, da es nach der Denkschrift (S. 95) genügt, daß wegen jener Tatsache auf Auflösung geklagt werden kann.[27])

Da die stille Gesellschaft im allgemeinen nicht nach außen hin in die Erscheinung tritt, so erschien es angemessen, daß sie ipso iure endet, wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist (§ 726 BGB.), wie die Denkschrift (S. 186) besonders hervorhebt. Allerdings kann man zweifelhaft sein, was unter Gesellschaftszweck zu verstehen ist: ob es die Betreibung des Handelsgewerbes selbst ist, oder das durch das Handelsgewerbe erstrebte Ziel, die Gewinnerzielung.[28]) Mag es nun das eine oder das andere sein, so wird es jedenfalls wohl in den meisten Fällen der Praxis unmöglich sein, den bestimmten Termin festzustellen, wenn der Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist. Zwar hat diese Schwierigkeit die Denkschrift (S. 97) nur bei den offenen Handelsgesellschaften anerkannt, doch findet man

[27]) Lehmann-Ring S. 67 Anm. 5; Weiser S. 79; Franck S. 59.

[28]) Staub S. 507 Anm. 18.

aber wohl kaum einen Grund, weshalb dieselbe nicht auch bei der stillen Gesellschaft zutreffen sollte.

Jedenfalls dürfte aber Praxis[29]) und Wissenschaft[30]) darin übereinstimmen, daß mangelnde dauernde Unrentabilität stets einen Auflösungsgrund gemäß § 726 BGB. bildet.

Ein weiterer ipso iure wirkender Auflösungsgrund ist die Einstellung des Gewerbebetriebes durch den Komplementar. Dieser Grund ist weder im alten Handelsgesetzbuch noch in den modernen Gesetzen erwähnt, ergibt sich jedoch aus der Natur des Rechtsverhältnisses von selbst, denn so wie der Komplementar den Geschäftsbetrieb einstellt, so folgt, da der Stille von demselben ausgeschlossen ist, daraus mit absoluter Notwendigkeit, daß die stille Gesellschaft zu existieren aufgehört hat. Doch wenn der Komplementar hierbei vertragswidrig gehandelt hat, so ist er schadensersatzpflichtig.[31])

Ebenso liegt auch ein gesetzlicher Auflösungsgrund beim Ablauf der vereinbarten Zeit vor, wenn auch dieser in keinem Gesetzbuch angeführt ist.[32])

Schließlich wird als ipso iure-Auflösungsgrund so-

---

[29]) ROHG. Bd. 12 S. 100.

[30]) Staub S. 507 Anm. 18 zu § 133; Elsoffer S. 129; Mitscher S. 48.

[31]) Staub S. 1113 Anm. 10; Lehmann-Ring S. 675 Anm. 4.

[32]) Denkschr. z. HGB. S. 185.

wohl im alten Handelsgesetzbuch (Art. 261 Ziff. 3) wie im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 728) die Konkurseröffnung aufgeführt. Da aber der stillen Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen fehlt, so sind bei derselben nur zwei Konkurse möglich, nämlich beim Komplementar und dem Stillen. Trotz der Verschiedenheit der Stellung der beiden läßt doch das Gesetz dieselbe Wirkung der gesetzlichen Auflösung bei jedem von ihnen eintreten.

Selbstverständlich ist dies beim Konkurs des Geschäftsinhabers, sowohl vom praktischen wie vom juristischen Standpunkt betrachtet; in praktischer Hinsicht insofern, als durch die Konkurseröffnung die Fortführung der stillen Gesellschaft entweder völlig unmöglich wird, oder wenn die Fortführung des Geschäftes durch die Generalversammlung der Gläubiger gemäß § 132 Abs. 1 KO. beschlossen wird, an Stelle des bisherigen Inhabers ein dem Stillen völlig Unbekannter, der Konkursverwalter, tritt, mit dem der Stille das Gesellschaftsverhältnis nicht fortzusetzen nötig hat; vom juristischen Standpunkte ist es erklärlich, daß die stille Gesellschaft mit dem Konkurs des Komplementars endet, insofern als dem Stillen unmöglich zugemutet werden kann, Teilhaber bei einem Geschäftsbetrieb zu bleiben, dessen Schließung und Fortführung völlig dem Belieben der Gläubigerversammlung überlassen ist,[33]) ganz abgesehen davon, daß das Gesellschaftsverhältnis, das in erster Linie

---

[33]) Renaud S. 167.

auf dem gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter aufgebaut ist, durch die Konkurseröffnung in jeder Hinsicht zerstört wird.[34])

In gleicher Weise endigt die stille Gesellschaft auch durch die Konkurseröffnung über des Stillen Vermögen. Diese in 1. Lesung des alten Handelsgesetzbuchs beschlossene Bestimmung, die in 2. Lesung[35]) durch die gegenteilige Vorschrift, daß weder durch den Tod noch den Konkurs des Stillen die Aufhebung der stillen Gesellschaft erfolgen sollte, ersetzt wurde, ist in 3. Lesung wiederhergestellt und zu Recht erhoben. Man führte in wenig berechtigter Weise dafür ins Feld, daß man ohne den Vorwurf der größten Inkonsequenz bei der stillen Gesellschaft von den Prinzipien nicht abgehen dürfe, die bei der offenen- und Kommanditgesellschaft dafür leitend gewesen seien, den Interessen der Gläubiger der Gesellschafter vor den Rechten seiner Mitgesellschafter den Vorzug zu geben, während ein Hamburger Abgeordneter in den Kommissionsverhandlungen[36]) mit vollem Recht dagegen betont, daß durch diese Bestimmung die Verhältnisse des Komplementars im höchsten Maße insofern gefährdet würden, als er vielleicht gerade zu einer schlechten Geschäftszeit zur sofortigen Rückgabe der Einlage an die Konkursmasse gezwungen würde. Auch von juristischer Seite sind

[34]) Franck S. 60; Münch S. 104; Eberlein S. 55.

[35]) Nürnb. Prot. S. 1157.

[36]) Nürnb. Prot. S. 4652.

ganz erhebliche Bedenken laut geworden.[37]) Lastig[38]) schlug daher zum Schutz der Konkursgläubiger vor, denselben ein Kündigungsrecht analog dem Art. 263, doch mit kürzerer als sechsmonatlicher Frist und ohne Berücksichtigung des Jahresschlusses zu geben.

Doch auch durch das neue Handelsgesetzbuch ist in keiner Weise eine Änderung der bisherigen Vorschriften vorgenommen, was um so mehr Verwunderung erregen dürfte, als man bei der Bestimmung der Kündigungsfristen sich, wie die Denkschrift S. 185 ausdrücklich hervorhebt und wie bereits oben erwähnt, von der durchaus richtigen Erkenntnis hat leiten lassen, daß dem Komplementar zur Rückzahlung der Einlage Zeit gelassen werden müsse.

§ 9.

Wirkungen der Auflösung.

Infolge der Auflösung der stillen Gesellschaft hört nur die zwischen dem Komplementar und dem Stillen bestehende Gesellschaft auf, ohne daß ersterer die Weiterführung seines Handelsgewerbes aufzugeben nötig hat (RG. Bd. 93 S. 453). Dem Komplementar — gleichgültig ob er das Geschäft fortführt oder aufgibt —

---

[37]) Lastig S. 472; Renaud S. 168ff.

[38]) Lastig bei Endemann S. 742.

steht der bisherige Stille höchstens noch als Gläubiger gegenüber.[1])

Trotz alledem sind doch noch nicht alle Beziehungen zwischen den beiden bisherigen Gesellschaftern aufgehoben, und zwar insofern, als der Stille an den während des Bestehens der Gesellschaft kontrahierten und zur Zeit der Auflösung noch schwebenden Geschäften, deren Abwicklung natürlich dem früheren Komplementar allein zusteht, beteiligt bleibt.[2]) Doch auch hinsichtlich dieser Geschäfte besteht die Gesellschaft nach der Auflösung nicht weiter.[3]) Trotzdem untersteht der bisherige Komplementar, der im übrigen für die Zukunft in seiner Aktionsfreiheit nicht mehr gehemmt ist, bei der Regelung noch schwebender Geschäfte den durch den Gesellschaftsvertrag ihm auferlegten Beschränkungen und haftet bei dieser Abwicklung nicht nur für diligentia quam in suis, sondern für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes.[4]) Bei Pflichtwidrigkeiten des Komplemen-

[1]) Lehmann-Ring S. 676 Nr. 2 zu § 340; Staub S. 1115ff. Anm. 1 u. 2.

[2]) § 340 HGB. Das a. HGB. sprach im Art. 265 Abs. 2 in korrekter Weise von der Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte, da bei der stillen Gesellschaft bei Mangel eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes und gemeinschaftlicher Gläubiger von einer eigentlichen Liquidation unmöglich die Rede sein kann (RG. Bd. 19 S. 124).

[3]) So Staub S. 1116 Anm. 1; Makower S. 955 Anm. d 1; RG. Bd. 11 S. 466; a. A. Renaud S. 678; Behrend.

[4]) Makower S. 955 Anm. d 1; Staub S. 1117 Anm. 4; Lehmann-Ring S. 676 Nr. 2.

tars, welche der Stille zu beweisen hat,[5]) kann dieser unter Umständen auch Schutz durch einstweilige Verfügung gemäß §§ 935 ff. ZPO. nachsuchen;[6]) nur auf diesem Wege kann derselbe es erreichen, daß einem unbeteiligten Dritten für einige Zeit unter Umständen die Abwicklung der schwebenden Geschäfte übertragen wird, während dem bisherigen Komplementar endgültig die Abwicklung derselben niemals entzogen werden kann (RG. Bd. 19 S. 167).

Die Stellung des Stillen nach der Auflösung steht derjenigen des aus der bürgerlichen Gesellschaft ausscheidenden Gesellschafters völlig gleich. Denn wie bei der zuletzt erwähnten Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen in den Händen der übrigen Gesellschafter verbleibt, so behält auch der frühere Komplementar sein durch die Einlage des Stillen vergrößertes Vermögen in den Händen. Auch hat bei der stillen Gesellschaft die Auseinandersetzung zwischen den früheren Gesellschaftern nicht allein nach HGB. § 340, sondern auch nach §§ 738, 740 BGB. zu erfolgen.[7]) Der Stille hat aber, wenn er auch an dem ökonomischen Erfolg der Abwicklungsgeschäfte teilnimmt — was allerdings das Gesetz als selbstverständlich nicht erwähnt —, die erst nach der Auflösung der Gesellschaft fällig werdende

[5]) Bolze S. 11 Nr. 466; Makower a. a. O.; a. A. Staub S. 1117 Anm. 2b.

[6]) Lehmann-Ring S. 677 Anm. 5; Staub a. a. O.

[7]) Staub S. 1116 Anm. 4; Mitscher S. 57.

Einlage nicht zur Deckung der aus den Abwicklungsgeschäften resultierenden Verluste zu leisten, was ja aus dem Nichtfortbestehen der Gesellschaft klar hervorgeht.[8]) Zum Schutz des Stillen hat das neue Handelsgesetzbuch diesen auch während der Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte ein Kontrollrecht eingeräumt; derselbe kann nämlich nach § 340 Abs. 3 am Schluß jedes Geschäftsjahres Rechenschaft über die inzwischen beendeten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrages und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen. Das Recht auf Einsicht der Bücher und Papiere steht ihm dagegen nicht nach der Auflösung der Gesellschaft zu, da er nicht mehr Gesellschafter ist.[9]) Bereits vor Erledigung der noch schwebenden Geschäfte, und zwar sofort nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Komplementar mit dem Stillen auseinanderzusetzen und sein Guthaben auszubezahlen (HGB. § 340 Abs. 1). Zum Zweck der Feststellung dieses Betrages ist letzterer zur Vorlegung einer Schlußbilanz verpflichtet, welche nachzuprüfen der Stille unter Einsicht der Bücher berechtigt ist.[10]) Maßgebend für die Schlußbilanz ist die Vermögenseinlage

---

[8]) Lehmann-Ring S. 677 Nr. 5; a. A. Behrend S. 678 Anm. 13, der allerdings, wie gesagt, das Fortbestehen der Gesellschaft nach der Auflösung annimmt.

[9]) Planck Bd. 2 S. 740; Münch S. 112.

[10]) Staub S. 1117 Anm. 8; Behrend S. 680; Münch S. 110.

zur Zeit der die Auflösung bewirkenden Tatsache.[11]) Doch wenn noch schwebende Geschäfte abzuwickeln sind, kann zunächst eine provisorische Abrechnung und nach Abwicklung derselben eine definitive Schlußbilanz erfolgen.

Das Konto des Stillen kann je nach dem Stande der Geschäfte ein Aktiv- oder Passivkonto sein. Das Guthaben des Stillen hat der Komplementar stets in Geld auszuzahlen, selbst die quoad dominium inferierten Gegenstände, falls nichts anderes vereinbart ist; dagegen sind die quoad usum eingebrachten Sachen in natura zurückzugeben, sobald deren Benutzung zur Abwicklung der noch schwebenden Geschäfte nicht erforderlich ist.[12]) Ein Passivkonto ist natürlich nur denkbar, wenn der Stille am Verlust teilnimmt und die fällige Einlage noch nicht gezahlt hat. Auch dieses Passivkonto ist eine reine Geldschuld, wie das Aktivkonto eine reine Geldforderung ist.[13])

---

[11]) So Staub S. 1116 Anm. 6.

[12]) Bolze Bd. 17 Nr. 514; Lehmann-Ring S. 677 Nr. 4.

[13]) Staub S. 1116 Anm. 7; Behrend S. 680 Anm. 25.

Zweiter Teil.

C. Die stille Gesellschaft im Außenverhältnis.

§ 10.

Allgemeines.

Die stille Gesellschaft tritt allerdings bei ihrer Begründung und Leitung der Geschäfte lediglich als Innenverhältnis hervor. Denn der Komplementar als alleiniger Inhaber des Geschäfts führt sämtliche Geschäfte in seinem Namen und wird aus diesen allein berechtigt und verpflichtet,[1]) während der Stille nicht für Geschäftsverbindlichkeiten haftet, außer wenn er etwa ausdrücklich für dieselben Bürgschaft übernommen hat; die stille Gesellschaft hat daher auch, wie bereits ausgeführt, keine gemeinsame Firma, sondern der Komplementar betreibt das Handelsgewerbe unter seinem Handelsnamen, oder wenn er Minderkaufmann ist, somit keine Firma hat, unter seinem bürgerlichen Namen. Das alte Handelsgesetzbuch[2]) enthielt sogar das direkte Verbot der Firmenführung mit dem Namen des Stillen, widrigenfalls dieser persönlich und solidarisch den Gläubigern haftete; durch diese Bestimmung wurde es zur

[1]) n. HGB. § 335 Abs. 2.

[2]) a. HGB. Art. 257.

Unmöglichkeit, daß wenn ein Kaufmann, der sein Geschäft mit der seinen Namen enthaltenden Firma veräußerte, jedoch beim Geschäftsnachfolger als stiller Gesellschafter sich weiter beteiligte, die Firma weitergeführt werden konnte. Da dieser Fall in der Praxis wohl sehr häufig vorzukommen pflegt, hat das neue Handelsgesetzbuch den Art. 257 nicht übernommen; jenes Verbot ist daher heute fortgefallen. Trotzdem darf auch heute nicht der Kaufmann wegen der Aufnahme des Stillen eine das Verhältnis der Gesellschaft andeutende Firmenbeifügung annehmen (§ 18 HGB.).

Auch der Art. 260 a. HGB., der für den Fall, daß die stille Gesellschaft durch den Stillen oder mit dessen Willen kundgemacht wird, die Bestimmung traf, daß eine dadurch eventuell eintretende Rechtswirkung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden muß, ist, wie die Denkschrift S. 185 hervorhebt, wegen seiner völlig unselbständigen Bedeutung, der infolgedessen „zu zahlreichen Streitfragen über die Voraussetzungen und Wirkungen der kundgemachten stillen Gesellschaft Anlaß gegeben hatte“, im neuen Handelsgesetzbuche gestrichen. Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch fernerhin unter Umständen und besonders, wenn durch diese der Tatbestand eines Kreditauftrages[3]) (BGB. § 178) geschaffen wird, eine direkte Haftung des Stillen den Geschäftsgläubigern gegenüber eintreten kann. Aber

[3]) Derselben Ansicht v. Hahn § 17 zu Art. 260; Gareis S. 185.

auch abgesehen von dieser kundgemachten Gesellschaft hat das den Geschäftsinhaber und den Stillen umschließende Band noch in manchen Fällen, die im nächsten Abschnitt auseinandergesetzt werden sollen, für und gegen Dritte rechtliche Bedeutung.[4])

§ 11.

Fälle, in denen die stille Gesellschaft auch im Außenverhältnis hervortritt.

Die Wirkung der stillen Gesellschaft tritt nach außen in folgenden Fällen in die Erscheinung:

Einmal insofern, als die in das Handelsgeschäft des Komplementars eingebrachte Einlage des Stillen in das Vermögen des ersteren übergeht, daher auch dessen Gläubigern haftet,[1]) also selbst den Privatgläubigern und für unerlaubte Handlungen des Komplementars.

Ferner hat jeder Gläubiger des Stillen das oben § 8 beschriebene Kündigungsrecht, um sich aus der ins Geschäft gegebenen Vermögenseinlage Befriedigung wegen seiner Forderung an den Stillen zu verschaffen.

Am sichtbarsten tritt die stille Gesellschaft im Außenverhältnis beim Konkurs einer der beiden Gesellschaften hervor, und zwar in mancherlei Weise.

---

[4]) Gareis S. 185; Franck S. 52; Eberlein S. 46 ff.; vgl. auch RG. v. 24. 1. 1905.

[1]) § 335 Abs. 1 HGB.; das Nähere s. § 5 d. Abhandl.

Beim Konkurs des Komplementars können dessen Konkursgläubiger beanspruchen, daß nachdem der Konkursverwalter sich in Gemäßheit des § 340 HGB. außerhalb des Konkursverfahrens mit dem Stillen auseinandergesetzt hat, dieser die bereits eingezahlte Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihn fallenden Verlustanteils nicht übersteigt, vollständig in der Konkursmasse beläßt. Die Konkursgläubiger können fernerhin verlangen, daß der Stille das nicht durch seinen Verlustanteil aufgezehrte Guthaben nur als einfache Konkursforderung geltend macht. Denn ein Absonderungsrecht aus § 51 KO. steht dem Stillen nicht zu, was auch vollkommen dem zwischen beiden Teilhabern bestehenden Verhältnis insofern entspricht, als dem Stillen kein Anteil am Gesellschaftsvermögen zusteht, sondern nur ein obligatorisches Recht auf Rückerstattung der Einlage.[2]) Es war sogar bei der Beratung des alten Handelsgesetzbuchs in der 2. Lesung[3]) die Bestimmung angenommen, daß beim Konkurs des Komplementars zunächst alle seine Gläubiger und dann erst der Stille befriedigt werden sollte. Doch ließ man in der 3. Lesung[4]) diese Bestimmung wieder fallen, nachdem der Abgeordnete für Hamburg mit Recht betont hatte, daß „weder ein Schuldverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und den Gläubigern

[2]) Mitscher S. 80; Gareis S. 186; v. Wilmowski S. 238 unter 5.

[3]) Nürnb. Prot. S. 1157.

[4]) Nürnb. Prot. S. 4547.

des Sozius noch ein Garantieversprechen zwischen denselben vorläge, und doch würde nur das eine oder das andere eine solche Vorschrift rechtfertigen". Daher ist der Stille im alten wie im modernen Handelsrecht den übrigen Konkursgläubigern völlig gleichgestellt.[5])

Endlich haben die Konkursgläubiger das Recht, vom Stillen, der mit der Einzahlung der Einlage im Rückstande ist, zu verlangen, daß er nachträglich noch so viel in die Konkursmasse zahlt, als der ihn betreffende Verlustanteil beträgt, aber nicht mehr. Denn es fällt, da durch die Konkurseröffnung die stille Gesellschaft aufgelöst, das Recht des Komplementars resp. des Konkursverwalters fort, die Einzahlung der ganzen rückständigen Einlage zu fordern.

Somit kann sich der mit seiner Einlage rückständige Stille unter Umständen bedeutend besser stehen als derjenige, der bereits vor der Konkurseröffnung die Einlage voll eingezahlt hat. Denn im ersteren Fall behält er den deckungsfreien Einlagerest unverkürzt zurück, während im letzten Fall die volle Einlage in die Konkursmasse fließt und daher der Stille in Höhe seines vom Verlust nicht getroffenen Guthabens als Konkursgläubiger sich mit der möglicherweise sehr schmal ausfallenden Konkursdividende begnügen muß, somit nochmals Verlust erleidet. Diese anscheinende Unbilligkeit erklärt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen; denn der mit der Einlage

---

[5]) Art. 258 a. HGB. und § 341 n. HGB.; Weiser S. 62.

rückständige Stille ist eben bezüglich des Rückstandes Masseschuldner, jedoch in Hinsicht des nicht durch Verlust adsorbierten Restes der Einlage Massegläubiger und kann daher gemäß § 53 KO. aufrechnen.[6])

Schließlich sind auch noch die Konkursgläubiger berechtigt, unter gewissen Voraussetzungen in die Rechtsbeziehungen der beiden Gesellschafter einzugreifen.

Grundsätzlich kann der Komplementar dem Stillen dessen Einlage zurückgeben, ihm auch seinen Anteil am Verlust ganz und zum Teil erlassen. Derartige Vereinbarungen der beiden Teilhaber sind jedoch die Gläubiger des Komplementars nach Maßgabe der Bestimmungen der Konkursordnung und des Reichsgesetzes v. 20. 5. 1898 betr. die Anfechtungen von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses anzufechten berechtigt. Außerdem gewährt aber der § 342 HGB. ein besonderes Anfechtungsrecht, das durch Privatvereinbarungen nicht ausgeschlossen werden kann (ROHG. Bd. 14 S. 38; RG. Bd. 27 S. 19).[7]) Danach kann der Konkursverwalter, falls auf Grund einer im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung zwischen dem Komplementar und dem Stillen getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil am entstandenen Verlust ganz und zum Teil erlassen ist, die Rückgewähr

---

[6]) Staub S. 1120 Anm. 4; Pfennig S. 96; Münch S. 116; Franck S. 46.

[7]) Lehmann-Ring S. 679ff. Anm. 1; Makower S. 317 Anm. 5.

oder den Erlaß anfechten, gleichgültig ob dies mit oder ohne Auflösung der Gesellschaft geschehen ist.

Dieses handelsrechtliche Anfechtungsrecht ist somit unter folgenden Voraussetzungen begründet:

1. Der anzufechtende Hergang muß auf einer Vereinbarung zwischen den beiden Kontrahenten beruhen. Daraus folgt, daß das Anfechtungsrecht nicht Platz greift, wenn das Recht auf Rückzahlung bereits im Gesellschaftsvertrage begründet war, selbst wenn dieser erst im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung beschlossen ist.[8])

2. Die Vereinbarung muß im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung getroffen sein. Wenn daher dieselbe bereits vor dem kritischen Jahre getroffen, aber erst innerhalb desselben ausgeführt ist, so ist das Anfechtungsrecht nicht gegeben.

3. Die Vereinbarung muß für den Stillen gänzliche oder teilweise Zurückgewährung der Einlage oder des gänzlichen oder teilweisen Erlasses des Anteils an dem entstandenen Verlust zur Folge haben.

Die Rückgewähr der Einlage kann nicht allein durch wirkliche Zahlung erfolgen, vielmehr ist jede Art der Erfüllung oder auch der Sicherung darunter zu verstehen, somit auch Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt sowie Bestellung einer Hypothek. Dies wurde

---

[8]) Staub S. 1120 Anm. 1a; Bolze Nr. 2 S. 1101; Behrend § 95 Anm. 9.

bereits unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs angenommen, trotzdem der betreffende Art. 259 den Ausdruck „Rückzahlung“ gebrauchte (ROHG. Bd. 14 S. 93; RG. Bd. 27 S. 18). Auch Novation dürfte darunter fallen; denn wenn z. B. des Stillen Einlage in ein verzinsliches Darlehen umgewandelt wird, so kann dies für die Gläubiger von Nachteil sein, da das Darlehen nur durch Anfechtung zur Tragung des Verlustanteils herangezogen werden kann.[10])

Unter dem entstandenen Verlust ist ein Verlust zu verstehen, der zur Zeit des Erlasses bereits entstanden war (RG. Bd. 31 S. 37), nicht der durch nachträgliche Geschäfte entstehende.[11])

Äußerst bestritten ist die Frage, ob das Anfechtungsrecht auch beim Erlaß der versprochenen Einlage Platz greift. Thöl[12]) hält es für geradezu widersinnig, zwei gleiche Fälle, Erlaß und Rückzahlung der Einlage, verschieden zu behandeln; es führe zu der Konsequenz, daß wer die schuldige Einlage nicht zahlt, sie behält, und wer sie aber eingezahlt und zurückerhalten hat, sie zurückgeben muß. Mit Recht betont Behrend[13]) Thöl gegenüber, daß auch seine Ansicht zu dem Wider-

---

[10]) So Staub S. 1122 Anm. 3; a. A. Behrend § 95 Anm. 13 und Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 342.

[11]) Makower S. 1317 Anm. 3b; Staub S. 1122 Anm. 4; Behrend § 95 Anm. 16.

[12]) Thöl S. 371 Anm. 6.

[13]) Behrend S. 688 Anm. 25.

spruch führen würde, daß die rückständige und erlassene Einlage auf Grund wirksamer Anfechtung in voller Höhe, dagegen die rückständige und nicht erlassene Einlage nur bis zu dem zur Deckung des Verlustanteils des Stillen erforderlichen Betrage von diesem einzuzahlen sei. Aus diesem Grunde will Behrend sich streng an die Gesetzesvorschrift halten, die nur von Erlaß von Verlustanteilen spricht, ohne den Erlaß des Einlageversprechens zu erwähnen. Derselben Ansicht sind v. Hahn[14]) und Staub,[15]) die auf die Entstehungsgeschichte des Art. 259 sich beziehen. Bei der Beratung des alten Handelsgesetzbuchs nämlich wurde bei der 2. Lesung der Erlaß des Einlageversprechens der Anfechtung unterworfen, während diese Bestimmung in 3. Lesung wieder gestrichen wurde.

Auch das neue Handelsgesetzbuch hat diesen Differenzen kein Ende bereitet. Die Denkschrift (S. 186) sagt nur, daß „das Anfechtungsrecht nicht über seine bisherigen Grenzen auszudehnen sei, insbesondere nicht auf den Fall erstreckt werden könne, daß der noch rückständige, zur Deckung des Verlustanteils nicht erforderliche Teil der Einlage erlassen wird". Es dürfte daher wohl das Richtigste sein, sich streng an den Buchstaben des Gesetzes zu halten und daher der Meinung stattzugeben, daß der Erlaß der vom Stillen versprochenen

---

[14]) v. Hahn § 7 zu Art. 259.

[15]) Staub S. 1123 Anm. 11.

Einlage von seiten des Komplementars dem Anfechtungsrecht nicht unterliegt. Infolgedessen kann der Erlaß der rückständigen Einlage des Stillen, soweit sie zur Deckung des auf ihn fallenden Verlustanteils zu verwenden war, angefochten werden, darüber hinaus ist aber der Erlaß den Gläubigern gegenüber rechtsverbindlich.[16])

4. Die Vereinbarung muß endlich auch faktisch realisiert sein, und zwar noch vor der Eröffnung des Konkurses, sonst greift das allgemeine Anfechtungsrecht der Konkursordnung Platz.[17])

Beim Vorliegen aller dieser Voraussetzungen kann die Rückgewähr der Einlage und der Erlaß von Verlustanteilen vom Konkursverwalter[18]) angefochten werden, und es sind nach § 342 Abs. 3 HGB. bei diesem handelsrechtlichen Anfechtungsrecht die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung der Anfechtung und deren Wirkungen für anwendbar erklärt, insbesondere nach Staub[19]) bei dem Erlaß rückständiger Einlage, Gewinnauszahlungen und bei nicht auf einer Vereinbarung beruhenden Befriedigungen. Die Anfechtung bezweckt die Herstellung desjenigen Zustandes, der vor der Vornahme der anfechtbaren Handlung vorhanden gewesen ist. Somit hat der Stille die zurück-

---

[16]) Franck S. 50; Weiser S. 66ff.; Pfennig S. 99.

[17]) Lehmann-Ring S. 683 IId.

[18]) § 36 KO. und § 342 Abs. 1 HGB.

[19]) Staub S. 1123ff. Anm. 12.

erhaltene Einlage in die Konkursmasse zu zahlen, wogegen er natürlich seine Forderung bezüglich der Einlage gegen den Komplementar, die infolge der erneuten Einzahlung wieder in Kraft tritt, als Konkursgläubiger anmelden kann.[20]) Der Erlaß des den Stillen treffenden Verlustanteils wird zugunsten der Konkursgläubiger als nicht geschehen angesehen, und muß daher der Stille diesen Betrag gemäß § 341 Abs. 2 HGB. zahlen. Falls die Rückgewähr der Einlage in der Bestellung einer besonderen Sicherheit, wodurch dem Stillen ein Absonderungsrecht gemäß §§ 47 ff. KO. eingeräumt war, besteht, so gilt dies als nicht geschehen.[21]) Die Anfechtung ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliegt oder dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt ist.[22])

Demnach erscheint dieses handelsrechtliche Anfechtungsrecht als eine modifizierte actio Pauliana, modifiziert nach den Ausführungen der Denkschrift (S. 186) insofern, als der Anfechtende eine Absicht der Gesellschafter, die Konkursgläubiger zu benachteiligen, nicht nachzuweisen braucht, umgekehrt dem Stillen der Nachweis gestattet ist, daß der Konkurs in Umständen

---

[20]) § 38 KO.

[21]) Franck S. 50; Weiser S. 68.

[22]) § 35 KO.

seinen Grund hat, die erst nach der fraglichen Vereinbarung eingetreten sind.[23])

Auch beim Konkurs des Stillen könnten dessen Konkursgläubiger das für jenen sich ergebende Aktivkonto vom Komplementar zur Konkursmasse einziehen, während dieser bezüglich des Passivkontos des Stillen — was ja, wie oben[24]) gesagt, nur möglich ist, wenn der Stille am Verlust beteiligt und die Einlage nicht eingezahlt hat — einfacher Konkursgläubiger ist.[25])

Aus allen diesen Ausführungen ergibt sich, daß die stille Gesellschaft, wenn sie auch grundsätzlich nur ein Internum zwischen den beiden Gesellschaftern bildet, doch auch im Außenverhältnis — den Gläubigern gegenüber — ganz bedeutsame Wirkungen zeigt.[26])

---

[23]) Lehmann § 342 Abs. 2 HGB.

[24]) § 9 a. E.

[25]) Lehmann S. 356.

[26]) Gareis S. 186.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.